



P*a*

ndecta

Revista de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho



"Mástil de la Fragata Libertad"
(Puerto Madero, Buenos Aires, Argentina)
Juan Carlos Vázquez Rivera

Juan Carlos Vázquez Rivera es un fotógrafo joven egresado de la Academia de Artes Visuales

"La fotografía llegó para liberar a la pintura de cualquier literatura, anécdota y arte del tema. En todo caso, un cierto aspecto del tema pertenece, de aquí en adelante, al campo de la fotografía... ¿No deberíamos los pintores aprovechar la libertad reconquistada para hacer otra cosa? Sería muy curioso fijar fotográficamente, no las etapas de un cuadro, sino sus transformaciones. Quizás percibiésemos por qué veredas anda el cerebro para la concreción de sus sueños. Sin embargo, es realmente muy curioso observar que en lo profundo de un cuadro, la visión inicial sigue siendo casi intacta, a pesar de las apariencias. Muchas veces veo una luz o una sombra en mis cuadros y persisto en romperlos, agregando un color que crea un efecto contrario. Cuando esa obra es fotografiada, percibo que aquello que había introducido para corregir mi primera visión desaparece, y que, definitivamente, la imagen dada por la fotografía corresponde a mi primera visión, antes de las transformaciones traídas contra mis deseos."

- Pablo Picasso sobre la fotografía-

PANDECTA

Revista de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho.

Órgano de Información y Difusión Cultural de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho.

DIRECTOR DEL CONSEJO EDITORIAL

Carlos R. Garduño Rivera

CONSEJO EDITORIAL

José Daniel Vázquez Millán, Jorge Enrique Ortega Flores,
Ruth Zenteno López y Leticia Ochoa Alarcón

CONSEJO HONORARIO

José Julián Domínguez Arroyo, Rodrigo Jiménez Valencia,
Eber Omar Betanzos Torres y Eric C. Quiles Gutiérrez

COORDINADORES

LITISPENDENCIA: Jorge Enrique Ortega

PRINCIPADO: Abraham Rodríguez

DISIDENCIA: Fernando Villaseñor

ACADEMIA: José Alberto Moreno Cabrera

LIBRE EN LA LIBRE: Adán Chávez, Octavio Castellanos, Talía Aguilar,

Francisco Ruíz, Arturo Bermúdez y Juan M. García

COLABORADORES

Francisco Rodríguez Campoy, Daniel Palma, César Borja, Jonathan Vera,
Mauricio Orozco, Carlos Izeta, Miguel Díaz, Hugo Ramírez, Francisco Reyes, Anna Ruth
Aguilera, Itzel Marroquín, Iván Macías, Roberto Vargas, Carlos Arnaus, Luis A. González, Shendel Badillo,
Ma. José Mendoza, Ma. José Ricalde, Carlos Ibargüengoitia, Viridiana Casas,
Ma. Lourdes Naranjo, Erika Entrever, Irvin Axez, Sofía Pérez, Lorena López, Yeselle Carrillo,
Alan Ramírez, Carlos Olvera, Daniela Poetillo, Ana Cecilia Ortega, Tarsila Perez, Quetzalli De la Concha,
Jimena Beristáin, Antonio Peredo, Luciano Romero, Karla Vaquero, Fabián Gómez,
Adriana Yarin, Adriana Vásquez, Nidia Zavaleta, Mireya Moreno, Melissa Azpeitia,
Talía Aguilar, Marco Antonio Vaca, Lizette Téllez, Bárbara Manzano, Carmen Hershberger,
Antonio Rojas, Alfonso León, Claudio López, Connie Fuentes, Mariel Romo, Said Rajme, Jimena González,
Christian Sancho, Francisco Ruíz, Bárbara Suárez, Darío Oscos, Estephanía Peláez,
Iñaki Tavera, Carmen Ramírez, Estefanía Sierra, Natalia Martínez, Francisco Diez Molina,
Rodrigo Hernández, Rosalío Mata, Karla Rodríguez, Steven Rivers, Eduardo Jiménez y Luis A. Ortiz.

DISEÑO EDITORIAL: Marcela Velázquez Aíza

IMPRESIÓN: Factor y Secuencia



**ESCUELA LIBRE
DE DERECHO**

Los textos publicados en Pandecta son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan la opinión del Órgano de Información y Difusión Cultural de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho.

Agradecemos la participación de los alumnos, exalumnos y profesores de la Escuela Libre de Derecho, así como a los alumnos de otras universidades.

Asimismo, extendemos un especial agradecimiento a los señores licenciados Ignacio R. Morales Lechuga, rector de nuestra querida Escuela; José Manuel Villalpando César, Secretario; y Jaime del Arenal Fenochio, Secretario Académico; así como a los señores licenciados Sergio Vela Martínez, Javier Lozano Alarcón y Fauzi Hamdán Amad.

Rendimos un especial agradecimiento al Dr. Miguel Carbonell Sánchez, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, por el apoyo brindado.

Por otra parte, no podemos dejar de agradecer la invaluable colaboración del maestro Luigi Ferrajoli, catedrático de la Universidad de Roma, Italia, en la presente edición de Pandecta, misma que nos honra enormemente.

Finalmente, agradecemos a Jesús Contreras Martínez, Marcela Velázquez Aíza, Francisco Rodríguez Campoy, Daniel Palma Solchaga y César Borja Garduño su incondicional apoyo a Pandecta.

Esta revista se terminó de imprimir en diciembre de 2005

E-mail: pandectaeld@gmail.com _ pandecta@eld.edu.mx

Fe de erratas:

En la revista número once de la tercera época apareció publicado un artículo bajo el título "Consulta el ejemplar más antiguo del Digesto del Emperador Justiniano", sin embargo, debido a un error involuntario apareció como su autor el maestro Jaime del Arenal Fenochio, cuando en la especie dicho texto es de la autoría del Consejo Editorial de Pandecta.

editorial

Las recientes y desgraciadamente innumerables catástrofes naturales que han azotado al planeta - el tsunami en Indonesia, la ola de huracanes en el Atlántico y los terremotos en Oriente Medio y Asia- nos llevan a reflexionar acerca de la fragilidad de nuestro entorno y de nuestra propia vida.

Algunos tienen lo que el pedagogo brasileño Paulo Freire llamara una "conciencia mágica" de estos fenómenos, porque transfieren la causa de los acontecimientos reales y cotidianos a un nivel suprahumano que es imposible de penetrar racionalmente. En este caso, los hechos se le presentan al hombre como provocados por fuerzas extrañas e incontrolables. Esta visión fatalista inhibe la acción y conduce a la resignación y al conformismo.

Por otro lado, la concepción de estos desastres como fenómenos naturales, difícilmente previsibles y controlables por el hombre, prevaleciente a lo largo de toda la historia de la humanidad, ha dado lugar a políticas y acciones de atención a las emergencias en el momento en que éstas ocurren y con posterioridad a las mismas, sin embargo éstas han resultado insuficientes para disminuir significativamente los daños y pérdidas provocadas. Esto nos obliga a emprender cambios de paradigma en nuestra visión de los desastres, a ir más allá de la atención a la emergencia misma, pasando de la reacción a la actitud proactiva. Es necesario enfocar las acciones en la gestión del riesgo como una opción centrada en la prevención, mitigación y reducción del riesgo existente en la sociedad.

Empero, a pesar de la génesis natural de los desastres, estos poseen también una fuerte connotación político-social, como bien han señalado los conceptualizadores del "paradigma social de los desastres". Esto significa que a la par de una visión puramente física de los desastres, tenemos que éstos presentan diversos componentes de decisiones políticas previas, relacionadas con incorrectas o insuficientes políticas sociales, económicas y ambientales. A lo anterior se añade el hecho de que los desastres naturales están en muchas ocasiones reforzados por los modelos de desarrollo desplegados históricamente en las regiones de mayor impacto, los que no pocas veces comprometen los recursos locales en favor de las macroeconomías nacionales y de las economías transnacionales.

De este modo, nos aventuramos a pensar que es el hombre quien de alguna forma u otra ha influido el medio ambiente en tal medida que ha indirectamente provocado algunos de estos desastres. En otras palabras, no parece descabellado percibir a estos sucesos como el resultado del impacto de la actividad humana sobre los mecanismos de autorregulación de la biosfera o, más concretamente, como efectos del deterioro de esos mecanismos de autorregulación por causa de la acción humana.

Es en este contexto en el que Pandecta pretende crear conciencia, en el sentido de que es en el hombre en quien recae parte de la responsabilidad de asegurar el derecho a un hábitat seguro y de que es necesario actuar ahora para el beneficio de las generaciones venideras.

Desde esta trinchera nuestro reto aparece entonces como la necesidad de trabajar en beneficio de la felicidad humana, de la seguridad humana frente a la dinámica de la Tierra y frente a nuestra propia dinámica, pero también de garantizar que nuestra especie no se convierta en una amenaza contra los ecosistemas.

El Consejo Editorial

LITISPENDENCIA: Derecho

-
- 9 SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 40 CONSTITUCIONAL: REPUBLICANISMO, REPRESENTACIÓN, DEMOCRACIA Y FEDERALISMO - Miguel Carbonell
 - 34 EL JUICIO BILATERAL EN LA NORMA JURÍDICA - Jorge Enrique Ortega Flores
 - 37 NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN - Javier Pérez Davó
 - 49 LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 12 DE LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU TRASCENDENCIA EN EL PROCESO PENAL FEDERAL - José Daniel Vázquez Millán
 - 58 LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: UN DEBER DE LOS ESTADOS - Karlos Castilla
 - 68 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LAS INTERVENCIONES DE MEDIACIÓN FAMILIAR - Celia Blanco Escandón
 - 81 EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. EL CASO DE LA REPÚBLICA ÁRABE SAHARAUI DEMOCRÁTICA - Elí Rodríguez Martínez

PRINCIPADO: Política, filosofía y sociedad

-
- 95 DE LA CARTA DE DERECHOS A LA FORMACIÓN DE UNA ESFERA PÚBLICA EUROPEA - Luigi Ferrajoli
 - 104 ¿QUÉ ES LA ILUSTRACIÓN? - Manuel Campero
 - 107 LOS AISLADOS - Mirbeth Estephanía Peláez Martínez
 - 111 EL FRACASO DEL ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS: FRUTO DEL POPULISMO Y LA IGNORANCIA - Thomas E. Heather Fletcher
 - 113 LA IGNORANCIA: EL OPIO DEL PUEBLO - Luis Andrés Molina Belausteguigoitia

DISIDENCIA: Narrativa, poesía y ensayo

115 GATO TRISTE - Ricachín

117 WAGNER, REFORMADOR EN LA OPERÍSTICA MODERNA - Edgar Adrián Rodríguez Reina

124 DETRAS DEL SILENCIO - Juan Carlos González Cancino

EROTICA VERBAL

125 BALADA EN HONOR DE LAS MUSAS DE CARNE Y HUESO - Rubén Darío

127 DIGO QUE NO PUEDE DECIRSE EL AMOR - Jaime Sabines

ACADEMIA: Vida en la Libre

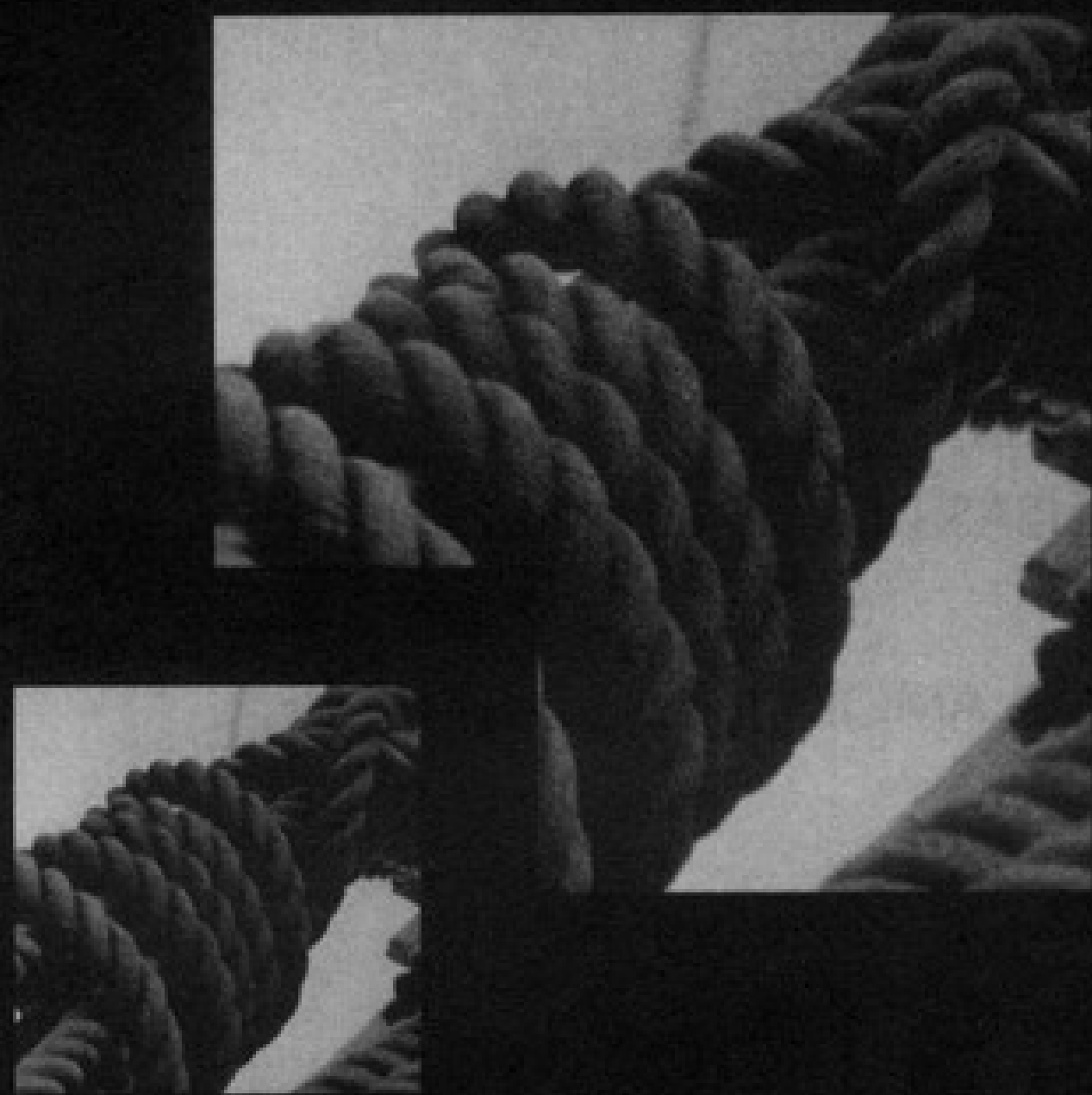
129 LA JUSTICIA: CAUSA FINAL DEL ESTADO - Fauzi Hamdán Amad

136 LA LIBRE EN LA PIEL DEL CIELO - César Borja Garduño

139 LA SABIDURÍA - Beatriz Paulina Cabrera Rueda

141 LA LIBRE EN CANNES - Jonathan Vera Olmos

142 LUNES - Uzziel Isaías Rodríguez Martínez



LITISPENDENCIA

Significado y alcance del artículo 40 constitucional: republicanismo, representación, democracia y federalismo

Miguel Carbonell

Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid e Investigador y Coordinador de la Unidad de Extensión Académica y Proyectos Editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1. Introducción.

El contenido del artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene una gran importancia política y jurídica, debido a que nos indica varios de los elementos esenciales o definitorios del Estado mexicano. En este artículo podemos encontrar las bases para definir las formas de Estado y de gobierno que rigen en México. Además, los rasgos enunciados en el artículo 40 se proyectan a lo largo y ancho de todo el articulado constitucional, puesto que las definiciones primarias que ofrece son desarrolladas con posterioridad en un buen número de preceptos de la Carta Magna. En este sentido, quizá podría decirse que el artículo 40 es algo así como un “artículo ancla”, debido al papel de soporte o de base que juega en relación con la totalidad del texto constitucional. Su texto es el siguiente: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

De este artículo se pueden destacar varios aspectos, cada uno de los cuales merecería seguramente un tratamiento monográfico debido a su importancia. Para efecto de este comentario tomaremos en cuenta los siguientes puntos, que serán objeto de análisis en los subsiguientes apartados: a) el sentido y alcance de la cláusula republicana; b) el sentido y alcance de la cláusula de representación; c) el sentido y alcance de la cláusula democrática; d) el sentido y alcance de la cláusula federal.

Antes de entrar al estudio de cada uno de los cuatro aspectos mencionados es importante dejar en claro que, precisamente, una de las funciones básicas de todo texto constitucional consiste en determinar la forma en que se ejerce el poder público dentro del territorio en el que tiene validez ese texto. En México una primera definición general de esta cuestión se encuentra en el artículo 39 constitucional, que señala el origen popular de la soberanía y enfatiza el hecho de que “Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”. A partir de esta concepción, el artículo 40 constitucional detalla la forma de Estado y de gobierno. En buena medida su

contenido es una prolongación del artículo 39, pues comienza asentando que "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse...". Este tipo de expresiones constitucionales son bien conocidas en la historia del constitucionalismo. Su más conocida expresión se encuentra en la primera frase de la Constitución de los Estados Unidos de 1787: "Nosotros, el pueblo...". En consecuencia, podemos decir que tanto el artículo 39 como el 40 de la Constitución mexicana se insertan y son a la vez expresión de una consolidada tendencia del constitucionalismo contemporáneo: aquella que encuentra en el pueblo al titular de la soberanía y lo entiende como el origen de todo poder público.

2. La cláusula republicana.

El primer elemento de la fórmula compleja que enuncia el artículo 40 es el de república. Esta forma de gobierno se ha opuesto, desde su surgimiento en las Ciudades-Estado romanas, a la monarquía¹. Siglos después Maquiavelo lo volvió a sostener en los primeros párrafos de su obra *El Príncipe*: "todos los Estados o son repúblicas o son principados". El concepto de república fue muy importante en el surgimiento del estado constitucional, sobre todo en el debate constituyente de los Estados Unidos; en ese caso el republicanismo fue la vía natural de rechazo hacia la monarquía inglesa respecto de la cual la nueva nación estaba independizándose².

Se puede decir que es republicano un Estado en el cual la jefatura del Estado no se transmite por vía hereditaria ni es desempeñada con carácter vitalicio³ y dentro del cual se observan una serie de valores y conductas acordes con lo que se ha llamado el republicanismo⁴. Si junto a la forma republicana de gobierno se define a un Estado como democrático se entiende que la jefatura del Estado no sólo no es vitalicia ni hereditaria, sino que además se establece y se renueva con una participación relativamente directa del pueblo. Sobre las implicaciones del Estado democrático se volverá más adelante.

Aunque desde un punto de vista teórico y conceptual hay una completa incompatibilidad entre el régimen monárquico y el Estado constitucional, lo cierto es que en la actualidad se ha aceptado la existencia de "monarquías parlamentarias" en sistemas constitucionales que podríamos calificar como consolidados. Los ejemplos de España, Inglaterra, Dinamarca, Suecia, Bélgica y otros que se podrían citar ilustran lo que se acaba de decir. Autores como Peter Häberle señalan que las funciones del monarca, al revés de lo que en el pasado sucedía, se han ido progresivamente asimilando a cualquier otro de los poderes

1 "La República apareció allí (en Roma) en oposición intencional a la monarquía; es más, en la conciencia de sus fundadores era simplemente no monarquía", Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1970, p. 536.

2 Una buena síntesis del pensamiento más influyente de la época puede verse en Madison, James, *República y libertad*, Madrid, CEPC, 2005.

3 Vid. Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, vol. II, 3a. edic., Madrid, Tecnos, 1981, pp. 229 y ss. Lucas Verdú apunta que "...la noción de la República es clara: negación de la herencia del poder político" (p. 229).

4 Desde la última década de los años 90 se ha producido un resurgimiento del pensamiento republicano, lo que algunos analistas han calificado como el "neorepublicanismo"; el texto básico sobre el tema es el de Pettit, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999. Las más recientes tendencias en la materia pueden verse en Ovejero, Félix y otros (compiladores), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, 2004. Para una perspectiva centrada en América Latina, desde un enfoque histórico, Aguilar Rivera, José Antonio y Rojas, Rafael (coordinadores), *El republicanismo en Hispanoamérica*, México, FCE, 2002.

constituidos, de forma que la monarquía resulta integrada en la estructura del Estado constitucional⁵.

El republicanismo, tanto como práctica del gobierno republicano y como ideología que lo sustenta, implica una serie de valores que se corresponden con varias consecuencias concretas dentro de la organización política del Estado constitucional⁶. A continuación se explican algunos de los supuestos ideológicos de la República:

A) *Transigencia*: en la república se lanzan a la órbita política a todas las clases sociales, de modo que, frente a la monarquía, se presenta como un sistema que transige con todas ellas conciliando en parte la "lucha de clases"⁷. Con la república se acepta el libre juego de clases en la búsqueda del poder político y se crean mecanismos de conciliación; se institucionaliza el conflicto y, con ello, la transigencia⁸.

B) *Laicismo*: frente a la unión que por siglos se ha dado entre la forma monárquica y el estamento religioso⁹, la república se presenta como una forma laica de gobierno. En este sentido, la república trata de secularizar por completo, desde la tolerancia hacia todas las creencias religiosas¹⁰, la vida social y política del Estado¹¹. Como regla general se puede establecer una equivalencia entre laicismo y republicanismo, de la misma forma que hay una cierta correspondencia histórica entre monarquía y Estado confesional. Al respecto es ilustrativa una aguda observación de Fernando Savater, quien se pregunta (y se responde) lo siguiente: "¿Qué es la laicidad? Es el reconocimiento de la autonomía de lo político y civil respecto a lo religioso, la separación entre la esfera terrenal de aprendizajes, normas y garantías que todos debemos compartir y el ámbito íntimo (aunque públicamente exteriorizable a título particular) de las creencias de cada cual. La liberación es mutua, porque la política se sacude la tentación teocrática pero también las iglesias y los fieles dejan de estar manipulados por gobernantes que tratan de ponerlos a su servicio, cosa que desde Napoleón y su Concordato con la Santa Sede no ha dejado puntualmente de ocurrir, así como cesan de temer persecuciones contra su culto, tristemente conocidas en muchos países totalitarios".¹²

5 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 39.

6 Carlos de Cabo sostiene que "la forma republicana implica 'el republicanismo', es decir, se vincula a todo un equipo intelectual, jurídico, moral, cultural y psicológico, que se traduce en una propuesta general reformativa del orden existente, de cambio social y político y, en consecuencia, en un enfrentamiento inmediato con las formas culturales y políticas que asumían la defensa de valores absolutos y permanentes", "La República y el capitalismo liberal: supuestos ideológicos y jurídico-políticos" en su libro *Contra el consenso*, México, UNAM, 1997, p. 78.

7 De Cabo, op. cit., p. 80.

8 Idem.

9 De Cabo dibuja el binomio histórico "trono-altar" y "república-laicismo", idem, p. 84.

10 En México ese respeto se encuentra previsto en el artículo 24 constitucional.

11 La transigencia como supuesto del republicanismo "ejerce una notable influencia, favorecedora, en última instancia, de la reacción secular y laicizante. Porque en la medida en que se acepta y se institucionaliza la discrepancia, la libertad de opinión y de crítica, la tolerancia del contrario, no cabe duda que la religión y la Iglesia católicas, esencialmente dogmáticas y ostentadoras hasta el momento del monopolio de las conciencias, estaban sufriendo un duro golpe", De Cabo, idem, p. 85.

12 Savater, Fernando, "La laicidad explicada a los niños", *El País*, 5 de noviembre de 2005.

C) *Libertad e igualdad*¹³ : los valores de libertad e igualdad han sido incorporados, desde 1789, en prácticamente todos los programas de los partidos republicanos. De ellos derivan importantes construcciones teóricas que sustentan por completo el aparato conceptual republicano. La mayor libertad responde a las necesidades de desarrollo del capitalismo en el sentido de que la relación obrero-patrón se desarrolle sin trabas¹⁴ . Por su parte, la igualdad permite la participación de todos los ciudadanos en el proceso político; de ello deriva la noción jurídica de soberanía y se da lugar "al sistema representativo, a la regulación de toda la problemática electoral, a la determinación del específico papel del parlamento, etcétera"¹⁵ . Por el contrario, la monarquía es un sistema de gobierno basado esencialmente en la desigualdad, puesto que concede a ciertas personas una serie de privilegios con base únicamente en su condición personal (su condición de nacimiento, por ejemplo).

D) *La cultura como exigencia*: para que una república pueda consolidarse es necesario que eduque a sus habitantes dentro de los propios principios republicanos. Es en el frente educativo donde los valores republicanos obtienen alguna posibilidad de permanencia frente a los intereses de las viejas clases dominantes¹⁶. La práctica política de la república, el ejercicio de los derechos fundamentales (desde la libertad de tránsito hasta la existencia de una prensa libre), requiere que los ciudadanos aprecien los valores que la sustentan y que, en consecuencia, estén en posibilidad de defenderlos y hacerlos permanentes¹⁷. En este sentido, tiene razón Peter Häberle cuando señala que el concepto de república ha tomado una dimensión sustancial a partir de un cierto ambiente cultural, formando parte de un sistema de reproducción y recepción culturales. De esta manera, según el mismo autor, la república "puede ser vivida por todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta y puede ser realizada, jurídica y pedagógicamente en todas sus formas, como norma jurídica y objetivo de la educación"¹⁸.

El hecho de que la Constitución mexicana haya escogido la república como forma de gobierno tiene que ver con el concepto de soberanía que recoge la propia Carta Magna. En efecto, en su artículo 39 declara -como ya lo hemos señalado- que "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste". Esta concepción de la soberanía *nacional y popular*, tan cercana como distante a la vez de Siéyès y de Rousseau, hace imposible que la jefatura del Estado pueda transmitirse por vía sanguínea o dinástica, al margen de la intervención del pueblo, como sucede en la monarquía, ya que es del pueblo del que dimana todo poder público.

Aunque la tradición republicana comienza tempranamente en México, con la Constitución de 1824 (artículo 4), durante el siglo XIX fueron varios los intentos de convertir al país en un Estado

13 En general, Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, introducción de Gregorio Peces-Barba, Barcelona, Paidós, 1993.

14 De Cabo, idem, p. 86.

15 De Cabo, idem, p. 87.

16 Idem, pp. 87-90.

17 Vid. Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, 1997 y Bolaños Guerra, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, ANUIES, 1996.

18 El Estado constitucional, cit., pp. 36-37.

monárquico. De hecho se tuvieron, por cortos periodos de tiempo, dos imperios de funestas consecuencias para la nación.

La polémica república-monarquía fue una de las banderas que usaron los principales partidos políticos del siglo pasado: el partido liberal siempre incluyó a la forma republicana dentro de su programa, al contrario que el partido conservador¹⁹.

3. El gobierno representativo.

El segundo término empleado por el artículo 40 -república *representativa*-, tiene que ver también con la concepción constitucional de la soberanía plasmada en el artículo 39 de nuestra Carta Magna.

Ya Montesquieu en su obra *El Espíritu de las Leyes* había señalado la pertinencia de la democracia representativa por encima de la democracia directa: "La gran ventaja de los representantes -dijo Montesquieu- es que tienen capacidad para discutir los asuntos. El pueblo en cambio no está preparado para esto, lo que constituye uno de los graves inconvenientes de la democracia"²⁰. A pesar de lo claro que le parecía a Montesquieu, la tensión entre democracia representativa y democracia directa o de la identidad ha estado presente, como bien ha escrito Pedro de Vega, a lo largo de la historia del Estado constitucional moderno²¹.

Si el artículo 39 recoge en parte la tesis de la soberanía de Juan Jacobo Rousseau²², el artículo 40 se aleja prudentemente de ella en tanto comprende que el pueblo no puede participar directamente en la toma de decisiones políticas por lo que debe escoger unos representantes para que formen la voluntad popular²³. Así lo corrobora el artículo 41 al decir que "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión... y por los de los Estados".

La Constitución en el resto de su texto no recoge ni siquiera formas de intervención popular semidirecta en el proceso de toma de decisiones públicas, tales como el plebiscito, el referéndum o la iniciativa legislativa popular, por lo que se ha dicho con razón que "consagra el régimen representativo en toda su pureza"²⁴. Hay sin embargo un número considerable de Constituciones de las entidades federativas que sí contemplan este tipo de mecanismos.

El carácter representativo del Estado mexicano se proyecta en varios aspectos concretos del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, para el tema de las fuentes del Derecho el carácter representativo que la Constitución otorga a la forma de gobierno implica que toda la producción normativa queda en manos de los poderes públicos representantes del pueblo, cuando menos en forma primaria y siempre de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica contenidas en la Constitución; esto desde luego no supone un obstáculo para que las normas creadas por el poder público estatuyan a su vez mecanismos de creación normativa a cargo de los particulares, como los

19 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 24a. edic., México, 1990, p. 87.

20 Libro XI, cap. VI, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1995 (reimpr.), p. 109.

21 La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid, Tecnos, 1991 (reimp.), pp. 102-103.

22 El contrato social, libro III, cap. XV, México, Porrúa, 1991.

23 En general sobre la representación política, Pitkin, Hanna F., *El concepto de representación*, trad. de Ricardo Montoro, Madrid, CEC, 1985.

24 Tena Ramírez, op. cit., p. 98.

convenios colectivos de trabajo o la costumbre, los cuales por otra parte, en tanto fuentes *extra ordinem*, se pueden llegar a dar incluso sin el reconocimiento explícito del Estado²⁵.

Aún así, en tanto los ciudadanos no participan directamente en el proceso político-jurídico de toma de decisiones, sino que éstas corresponden a los representantes populares integrados en los órganos de gobierno, toda la normación estatal queda también a cargo de tales representantes, no de los representados que no pueden expresar por sí mismos la voluntad estatal.

Los representantes, aunque la Constitución no lo señale expresamente y de acuerdo con los conceptos de soberanía y representación nacional acuñados en los albores del Estado burgués²⁶, no se encuentran sometidos a mandato imperativo, es decir, representan a toda la nación no a un grupo de electores o a una región determinada, de modo que los que los votaron no pueden revocar su competencia. Como consecuencia de esto, al menos formalmente, tampoco los partidos pueden cesar o sancionar a un diputado o un senador que no vote conforme al criterio de las directivas partidistas²⁷; si bien en la realidad los partidos han recurrido a las dimisiones en blanco, las multas y otros medios para mantener la disciplina de partido y evitar que surja la discrepancia entre la voluntad del parlamentario individual y la de la dirección del partido²⁸.

El problema del mandato imperativo se ha presentado en la práctica en México. Fue a raíz de que en 1963 se modificó la Constitución y se crearon los llamados "diputados de partido" para abrir un poco más la Cámara de Diputados a los partidos de oposición. Por ese cambio se planteó el caso de los diputados de partido que abandonan, ya estando en el ejercicio de su cargo, al partido que los ha postulado para el mismo. La solución propuesta ha sido en el sentido de que la pertenencia al partido es requisito de "elegibilidad", pero que una vez que la elección se ha llevado a cabo y un diputado ha sido propuesto por un partido, se convierte en representante de la nación, sin que la mencionada pertenencia al partido pueda ser exigible en momentos posteriores²⁹. De hecho, en la práctica política de nuestros parlamentos federal y locales se observa con alguna frecuencia la figura de los llamados "diputados independientes", que son justamente aquellos que una vez en el cargo han decidido abandonar ya sea al partido que los postuló o al grupo parlamentario correspondiente.

25 La presencia de fuentes del derecho extralegislativas o extraestatales por una parte y de normas originadas por el consenso de los principales actores sociales (producto de la sociedad corporatista del presente y que ha llevado a hablar por ejemplo de "contractualización de las leyes") es una característica de la fase actual de desarrollo del Estado capitalista como lo han señalado varios autores; entre ellos se pueden mencionar los siguientes: Carlos de Caba, *Teoría histórica del Estado y del Derecho*, tomo II, Barcelona, 1993, pp. 347-349; Arbos, Xavier, "La crisis de la regulación estatal", *Revista de Estudios Políticos*, número 71, Madrid, 1991, pp. 259-280; id., "La regulación estatal y el buen gobierno" en Giner, Salvador y Sarasa, Sebastián (eds.), *Buen gobierno y política social*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 201-208, entre otros.

26 Cfr. Vega, Pedro de, "Significado constitucional de la representación política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, Madrid, 1985, p. 30.

27 Aunque en la realidad se ha producido una mutación constitucional por la cual el mandato representativo ha quedado relegado "a ser un figura encuadrable en la retórica constitucional, que nada tiene que ver con la praxis y la realidad parlamentaria", De Vega, *ult. op. cit.*, p. 41; del mismo autor *La reforma...*, cit., p. 183.

28 De Vega, "Significado constitucional...", cit., p. 42; también puede verse sobre el tema, de entre los muchos autores que lo han tratado, Torres del Moral, Antonio, "Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos", *Revista del Departamento de Derecho Político-UNED*, número 14, Madrid, 1982; Caba, Antonio de, *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, México, UNAM, 1994, pp. 80-87; Fernández Segado, Francisco, "Partidos políticos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo" en *El Poder Legislativo en la actualidad*, México, UNAM, 1994, pp. 287-323.

29 Valadés, Diego, "El poder legislativo mexicano", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 4, Madrid, julio-agosto de 1978, p. 36; idem, "El controlinterorgánico entre los poderes legislativo y ejecutivo en México" en *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988, p. 250.

En términos semejantes a lo que se acaba de decir se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, que sostiene lo siguiente:

*...lo cierto es que el derecho a participar (políticamente) corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas...*³⁰

*Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término*³¹.

Aunque en este espacio no es posible realizar un análisis completo de los problemas de la representación política en el Estado constitucional de nuestros días, es prudente al menos mencionar que dicha representación está atravesando un periodo de fuerte crisis, tanto en México como en otros países³²; para decirlo de forma breve: el funcionamiento de la representación política en muchos países no está arrojando buenos resultados. Las encuestas demuestran altos niveles de insatisfacción respecto al funcionamiento democrático y los políticos profesionales aparecen desacreditados ante los ojos de sus electores. Algunos autores hablan de un cierto "cansancio de la democracia" en referencia a países -como España- que no llevan ni siquiera medio siglo de vida democrática³³.

En este contexto, sería interesante pensar en algunos cambios institucionales que permitieran dinamizar la participación política y le añadieran mayor sustancia a los procesos de representación política. Para tal efecto quizá podría tener interés el revisar experiencias más o menos exitosas en otros países, como la de algunos municipios de Brasil con el mecanismo de los llamados "presupuestos participativos". Otro aspecto importante para mejorar la representación política es el de la "rendición de cuentas"³⁴; en este punto sería necesario en México modificar la prohibición constitucional de la reelección de legisladores (contenida en los artículos 59 y 116 para los legisladores federales y locales, respectivamente), a fin de propiciar una relación más estrecha entre los representantes y los representados³⁵.

30 Sentencia 5/1983, Fundamento Jurídico 4o.

31 Sentencia 10/1983 Fundamento Jurídico 4o.

32 Una visión general del tema puede verse en Carbonell, Miguel (compilador), *representación y democracia: un debate contemporáneo*, México, TEPJF, 2005.

33 Laporta, Francisco J., "El cansancio de la democracia" en Carbonell, Miguel (compilador), *Representación y democracia: un debate contemporáneo*, cit.

34 Este concepto ha sido explicado por Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, IFAI, 2005.

35 Al tener que regresar los legisladores a buscar el voto en sus distritos originales, se generaría un incentivo para una mejor y más eficaz gestión por parte de los representantes y para mantener un contacto más estrecho con los votantes. En un diseño político que, como en el caso mexicano, no permite la reelección inmediata, el legislador busca mantener estrechas relaciones políticas con su partido más que con su electorado. Sabe que al terminar el periodo para el que fue electo dependerá del partido la posibilidad de continuar con su carrera política. En cambio, si se permitiera la reelección inmediata los legisladores no solamente buscarían promoción hacia adentro de sus partidos -como sucede en la actualidad- sino que prestarían mucha mayor atención a los electores. Bajo el incentivo de la reelección quizá aumente la preocupación de los legisladores para desempeñar diligentemente su cargo y no dejar pasar el tiempo de la legislatura sin aportar nada a los trabajos de los órganos legislativos correspondientes. Como señala Alonso Lujambio, "Un legislador que ha sido electo en un distrito uninominal y quiere reelegirse, tendrá que cultivar a su electorado, explicarle su conducta... El legislador lleva a su distrito liderazgo, argumentos, cifras, eventualmente algún beneficio material concreto...". Sobre este tema puede revisarse con provecho la obra de Dworak, Fernando F., *El legislador a examen. El debate sobre la reelección legislativa en México*, México, FCE, 2003; las aportaciones de Alonso Lujambio pueden verse, por ejemplo, en sus trabajos "La reelección de legisladores: las ventajas y los dilemas", *Quórum*, México, enero de 1996; "Reelección legislativa y estabilidad democrática", *Estudios. Filosofía, historia, letras*, número 32, ITAM, México, primavera de 1993; "¿Para qué servirían las reelecciones en México?", *Quórum*, México, abril de 1993.

Con independencia de las propuestas concretas que puedan hacerse para mejorar la representación política (que van mucho más allá de las gastadas fórmulas sobre el referéndum y el plebiscito), lo cierto es que hay que hacer lo necesario para dotar de mayor "calidad" a la representación. Una vía para lograrlo puede ser a través de multiplicar los canales deliberativos; en este sentido, los defensores de la "democracia deliberativa" señalan que no es deseable dejar que la única interlocución relevante en materia política sea la que se realiza en los órganos públicos. Por el contrario, sostienen los defensores de esta postura, una democracia de calidad exige que la deliberación pública (que desde luego va mucho más allá de las "charlas de café") tenga vías y canales que la hagan práctica y que la doten de significados sustantivos³⁶.

Una forma de incentivar la deliberación y la participación públicas se da a través de figuras como el "amicus curiae", que permite que personas ajenas a las partes que participan en un proceso judicial cuya materia es de interés público (como lo son los juicios de constitucionalidad de leyes o los que se promueven en contra de la presunta violación de derechos fundamentales), puedan hacer llegar ante el órgano jurisdiccional argumentos para decidir el caso. Se trata de una institución que ha dado muy buenos resultados tanto en tribunales de constitucionalidad de otros países como en tribunales internacionales. Entre los primeros puede citarse a la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuyo debate ha sido nutrido en asuntos muy importantes por las aportaciones que han hecho personas ajenas a las partes en el litigio. Entre los tribunales internacionales, y con gran interés para México, puede citarse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresamente permite la figura gracias a una modificación de su reglamento del año 2000.

Como lo ha expuesto Víctor Bazán, "los *amici curiae* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de casos controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad públicas, en la que la decisión por recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes. Es decir, asuntos en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas..."³⁷.

4. El Estado democrático.

El tercer término que usa el artículo 40 es el de democracia. La Constitución mexicana, en su artículo 3, proporciona un concepto de democracia considerándola -dice el inciso a) de la fracción II- "no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo".

La democracia tiene un papel esencial para el régimen constitucional. Para empezar por lo más básico, puede decirse que toda Constitución, para serlo de verdad, debe ser democrática: la democracia legitima a la Constitución y le permite obtener su cualidad *normativa*³⁸.

36 Ver Elster, Jon (compilador), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

37 Bazán, Víctor, Bazán, Víctor, "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, México, enero-junio de 2005, p. 38.

38 Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 27.

Tal legitimación se produce en dos momentos: A) cuando se crea la Constitución, ya que la democracia legitima a las constituciones creadas por el pueblo soberano; y B) en la organización del Estado, asegurando conductos democráticos de expresión de la voluntad popular y otra serie de condiciones necesarias para la realización de la libertad y de la igualdad de las personas³⁹. Si las dos condiciones mencionadas no se dieran en algún caso concreto, la Constitución podría ser válida, pero no tendría legitimidad⁴⁰.

La estructuración democrática del Estado y la constitucionalización del principio democrático tienen múltiples consecuencias para todo el sistema jurídico-político. Recurriendo de nuevo al caso de las fuentes del Derecho se puede afirmar que la democracia implica, entre otras cosas, lo siguiente⁴¹:

A) Crea una suerte de jerarquía entre las distintas autoridades públicas, de modo que tendrá un rango primario aquel órgano en cuya integración participe la mayor parte del pueblo como tal o como cuerpo electoral a través del sufragio universal y directo, siguiéndole en la escala los órganos electos indirectamente o de composición mixta, para terminar con los órganos no elegidos popularmente. Esto es consecuencia de que en el Estado democrático todos los poderes públicos encuentran en la voluntad popular su legitimación y, en principio, ninguno puede ser ajeno a ella (lo cual no impide, como enseguida veremos, que las decisiones tomadas por los órganos más democráticos o representativos sean revisadas por otro tipo de órganos, por ejemplo por los jueces constitucionales).

B) Sobre la base de la anterior jerarquía orgánica se entiende que la potestad superior de creación normativa debe recaer en el Estado democrático en el órgano que tenga el máximo grado posible de representatividad en tanto su composición deriva de la elección popular, aunque esta característica no es constante ni en la historia del Derecho ni en el Derecho comparado actual como recuerda Pizzorusso⁴². Las consecuencias que de ello derivan para la posición de la ley en el ordenamiento y para sus relaciones con el resto de normas y en particular con el reglamento son muy significativas, como se explica enseguida.

La ley en un Estado democrático -al margen de cuestiones de competencia que pueden derivar del hecho de que la Constitución asigne directamente a una norma distinta de la ley una determinada materia- no solo es superior al resto de las normas infraconstitucionales en el sentido de tener fuerza activa para derogarlas y fuerza pasiva para resistirse a ser derogada por ellas, sino que tiene un régimen jurídico por completo particular. A reserva de abundar en ello en otra ocasión, basta mencionar en este momento tres cuestiones fundamentales:

a) La presunción de constitucionalidad de la ley, la cual implica, por lo menos, los siguientes aspectos⁴³. En primer lugar, una confianza otorgada al legislador para interpretar y observar la Constitución al momento de hacer las leyes. En segundo, que una ley no puede ser declarada inconstitu-

39 "La democracia es el principio legitimador de nuestra Constitución no sólo porque esa Constitución emane democráticamente, sino, sobre todo, porque el Estado que organiza es un Estado que asegura la democracia, es decir, un Estado en que la atribución de la soberanía al pueblo no sólo está declarada, sino garantizada a través de determinadas cláusulas constitucionales que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, permanecer como un pueblo de hombres libres e iguales en su libertad", *idem*, p. 42.

40 *Idem*, p. 43.

41 Cfr. Pizzorusso, Alessandro, "Sistema delle fonti e forma di stato e di governo", *cit.*, pp. 220 y ss.

42 "Sistema delle fonti...", *cit.*, p. 233.

43 Sobre este punto son indispensables las reflexiones de Ferreres Comella, Víctor, *Jurisdicción Constitucional y Democracia*, Madrid, CEPC, 1997.

cional a menos que exista una "duda razonable" sobre su no adecuación a la Constitución. Por último, que si una ley está redactada en términos tan amplios que permita varias interpretaciones - una de ellas posiblemente inconstitucional- se debe presumir que el legislador ha sobreentendido que la interpretación que debe hacerse de esa ley es la que se encuentra dentro de los parámetros de la Constitución⁴⁴; consecuencia inmediata de ello es el criterio del Tribunal Constitucional español cuando entiende que una opción política del legislador sólo se puede rechazar "cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos"⁴⁵.

b) El privilegio de la ley de ser juzgada en una jurisdicción constitucional concentrada, lo que se traduce en la prohibición de su inaplicabilidad por parte de los jueces ordinarios y en el consiguiente monopolio de un tribunal constitucional para invalidarlas y expulsarlas del ordenamiento⁴⁶; y

c) Las reservas que la Constitución hace a favor de la ley para que sea la norma que desarrolle los principales mandatos constitucionales y, especialmente, la regulación legislativa de los derechos fundamentales. En este sentido, la Constitución española (como la de Alemania de 1949 y otras que se podrían citar) dispone que el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas se debe hacer por medio de leyes que requieren de una mayoría reforzada para su aprobación, las leyes orgánicas (artículo 81), aparte de la reserva general que sobre el tema se establece en su artículo 53⁴⁷.

En la Constitución mexicana la ley es, sin duda, el instrumento privilegiado para el desarrollo de los derechos fundamentales. En su capítulo I son constantes las referencias a la ley y al legislador para complementar el cuadro constitucional de tales derechos. La dialéctica Constitución-ley es especialmente notable en esa parte de la Constitución, al punto de que se ha llegado a sostener, con razón, que todo lo referido a los derechos humanos se encuentra sujeto a reserva de ley⁴⁸, como en la Constitución española.

Ahora bien, es importante destacar que la democracia implica el gobierno de la mayoría, pero no su "tiranía"⁴⁹; por esta razón, y con el objeto de asegurar a las minorías que en todo caso el principio democrático mayoritario se ajustará a la norma teóricamente más democrática del sistema que es la Constitución, se establece una jurisdicción constitucional que controla la correspondencia entre la Carta Magna y el resto de normas y actos del sistema jurídico.

Esto es así ya que tan democrático es que las decisiones se tomen por mayoría como que esa mayoría no pueda aplastar a las minorías. Se busca la democracia pero no a través de la asfixia del pluralismo y de los derechos fundamentales. Mayorías y minorías deben estar protegidas de cada

44 Esto es lo que permite pensar en la "interpretación conforme" que realizan algunos tribunales constitucionales al emitir sus sentencias.

45 SSTC 11/81 y 66/85.

46 Aunque un juez pueda hacer un enjuiciamiento previo de la ley para presentar una cuestión de inconstitucionalidad en caso de duda, allí donde exista esa vía procesal; Corzo Sosa, Edgar, *La Cuestión de inconstitucionalidad*, prólogo de Manuel Aragón, Madrid, CEPC, 1998. Ahora bien, este punto no significa de que no se pueda crear un sistema de control constitucional difuso, como lo establecen las Constituciones de Estados Unidos y de México (si bien en México la interpretación de la Suprema Corte, contra constitutionem, no ha permitido la aplicación práctica de este esquema, claramente previsto por la última parte del artículo 133 constitucional).

47 Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

48 Cárdenas, Jaime F., *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, 1996, p. 64.

49 Cfr. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia, I. El debate contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1987, pp. 167 y ss., especialmente p. 170, donde se afirma que en el ámbito constitucional lo que preocupa son las minorías, no las mayorías.

una en un régimen democrático, pero sobre todo las últimas⁵⁰. En palabras de Paolo Flores D'Arcais, "(en democracia) el principio de mayoría ocupa un segundo lugar. El primero lo ocupan todos los dispositivos que garantizan a cada ciudadano contra los riesgos de un despotismo de la mayoría. La tutela de las minorías, hasta de aquella minoría extrema pero preciosa por excelencia que es el individuo, el disidente individual, constituye una metarregla peculiar y decisiva del régimen de gobierno liberaldemocrático"⁵¹.

Tal como lo expone Manuel García Pelayo, la mejor forma de proteger a la democracia es su articulación con el Estado de Derecho, lo que conlleva que

*la mayoría no dispone de un poder ilimitado ni sobre el Estado, ni en el seno del Estado... (por lo que) ha de actuar dentro de los límites del área que la Constitución le asigna al Estado... adaptándose al orden de competencias establecido por la Constitución y las leyes... (en consecuencia) las decisiones tomadas por la mayoría parlamentaria no son eo ipso justas ni constitucionales, y tanto en defensa de las minorías como en interés de la Constitución, debe caber la posibilidad de cuestionar su validez ante una jurisdicción constitucional*⁵².

Por otro lado, desde tiempo atrás se ha visto la necesidad de limitar de alguna forma el principio mayoritario en virtud de que llevarlo hasta sus últimas consecuencias sería contraproducente incluso para la misma forma democrática de Estado. Tal limitación se ha dado por: a) la dificultad de configurar mecanismos de comprobación del consenso -tanto electoral como refrendatario- y b) la posibilidad de manipular la opinión pública que tantas desgracias ha producido en nombre de "los derechos de la mayoría" y "los sentimientos del pueblo"⁵³. Como dice Norberto Bobbio, "Nada es más peligroso para la democracia que el exceso de democracia"⁵⁴.

Es importante mencionar que, como en el caso de la representación política, tampoco el funcionamiento cotidiano del sistema democrático goza de muy buena salud, tanto en México como en otros países de América Latina.

Luego de algunos años de transición, la gente parece exigir resultados a corto plazo, sobre todo en el terreno económico. Al no darse un incremento sensible en su bienestar, suele haber un descontento ciudadano que, en un caso extremo, puede conllevar la simpatía hacia un retorno autoritario.

Según los datos del *Latinobarómetro 2004*, a partir de 1996 la satisfacción con el funcionamiento de la democracia ha sufrido fuertes retrocesos en países como Perú, Ecuador, Paraguay y Bolivia. Se ha incrementado ligeramente (entre un 8 y un 14 por ciento) en países como Panamá, Bra-

50 "...la democracia aparece configurada como un sistema de protección de las minorías", Vega, Pedro de, "Constitución y democracia" en La Constitución de la monarquía parlamentaria, México, FCE, 1983, p. 51; el mismo autor acude a una cita de Giuglielmo Ferrero para decir que "en las democracias, la oposición es un órgano de soberanía popular tan vital como el gobierno. Suprimir la oposición es suprimir la soberanía del pueblo", loc. cit.

51 "La democracia tomada en serio", Claves de razón práctica, número 2, Madrid, mayo de 1990, p. 4.

52 Las transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid, Alianza, 1993, pp. 100-101; vid. Pizzorusso, "Sistema delle fonti...", cit., p. 234. Aunque hay que aclarar que tampoco un Estado pierde su carácter democrático por carecer de justicia constitucional como muy bien lo ilustra el caso de Inglaterra.

53 En concreto sobre los riesgos del referéndum y de la iniciativa legislativa popular como posibles vías de subvertimiento del orden constitucional vid. Vega, Pedro de, La reforma..., cit., pp. 124-127. Otras limitaciones al principio mayoritario pueden verse en Bobbio, Norberto, "La regla de mayoría: límites y aportas", en Norberto Bobbio: el filósofo y la política (Antología), estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán, México, FCE, 1996, pp. 255-277.

54 Bobbio, Norberto, El futuro de la democracia, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1992, p. 20.

sil, Honduras, Venezuela, Colombia y Chile. Esta falta de satisfacción se demuestra muy crudamente cuando se les pregunta a los habitantes de la región si consideran que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno.

De acuerdo con la misma encuesta, los más convencidos de las bondades de la democracia viven en Costa Rica, donde el 48% está a favor de esa forma de gobierno sobre cualquier otra. Existen altos niveles de aceptación democrática en Uruguay (45%), Venezuela (42%) y Chile (40%). Por el contrario, la menor adhesión ciudadana al régimen democrático se produce en Perú (7%), pero le siguen muy de cerca Paraguay (13%), Ecuador (14%), Bolivia (16%) y México (17%)⁵⁵.

Pese a estos datos, tan preocupantes, lo cierto es que la mayor parte de la población de América Latina considera que un gobierno militar no podría solucionar mejor los problemas que uno democrático, aunque también en esto las cifras son muy variables. Consideran más eficaz y mejor a un gobierno democrático sobre uno militar el 85% de los encuestados en Costa Rica, el 73% en Uruguay y el 71% en Panamá, pero solamente el 41% en Paraguay, y el 47% en Perú y Honduras. En lo que parece haber mayor consenso es en la necesidad de "aplicar más mano dura" en el país: están de acuerdo con esto el 85% de los paraguayos y el 78% de los guatemaltecos y salvadoreños. Pero solamente están de acuerdo con esa opción el 32% de los uruguayos y el 43% de los brasileños. Se trata, pese a todo, de un dato inquietante, pues demuestra que hay un segmento de la población que podría sentirse atraído por una opción de "endurecimiento" del ejercicio del poder estatal, lo que podría tener consecuencias nefastas en el desarrollo democrático de alguna nación.

Estas cifras permiten concluir, entre otras cuestiones, que quizá en los procesos de transición a la democracia hubo un punto de ingenuidad. Por un lado, se creyó que la democracia podría asentarse sin contar con los principales protagonistas de cualquier sistema democrático: los ciudadanos. Los cambios estructurales sobre los componentes económicos generaron a partir de los años 80 enormes bolsas de pobreza, crearon inestabilidad en el empleo y mayor precariedad de las redes de protección con las que los Estados latinoamericanos habían conseguido detener la ruptura del tejido social. Los ciudadanos, abrumados por un entorno económico adverso y por el crecimiento de la violencia cotidiana dentro de sus sociedades, se desentendieron de la política, otorgando -en muchos casos- mandatos de gobierno a líderes mesiánicos y populistas más preocupados por su propio enriquecimiento personal que por el desarrollo democrático y cívico de sus pueblos (en México se tiene una experiencia de décadas sobre este punto).

Por otro lado, se pensó que el establecimiento de un régimen democrático (con frecuencia caracterizado con criterios formales que destacan solamente aspectos relacionados con las elecciones como método para acceder al poder), podía por sí sólo servir para remontar problemas seculares; habiendo democracia, se pensaba, se borrarán para siempre y de inmediato la pobreza, el anal-

55 El análisis de estas cifras debe tomar en consideración, sin embargo, que suelen ser muy volátiles. Así por ejemplo, la adhesión a la democracia en México era del 45% en 1997 (año en el que el PRI pierde la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados) y todavía del 36% en el 2000 (cuando el PRI pierde la Presidencia de la República), pero desciende hasta un 26% en 2001 y hasta el 17% en 2002 y 2004.

fabetismo, la desigualdad, la marginación, la violencia social, la tortura, en suma, la injusticia toda. Como era de esperarse, la democracia hizo su arribo pero todos esos problemas siguieron -y siguen- existiendo.

Una tercera ilusión consistió en no ser capaces de enlazar el concepto de democracia con el de Estado de derecho. Buena parte de las tareas democráticas se pueden llevar a cabo solamente si hay un mínimo de respeto por la ley. A su vez, para que la ley pueda ser obedecida debe contar con la legitimidad que le da la representación democrática. No es algo nuevo: legalidad y democracia son dos nociones que se autoimplican. Sin una no puede existir la otra.

Lo importante, para cerrar este apartado, es tener presente que la democracia no solamente es un sistema de acceso y recambio de gobernantes, sino una forma de desarrollo político que tiene contenidos sustantivos y que, más allá, de los mecanismos formales acerca del quién gobierna y cómo se accede al poder, tiene como horizonte el mejoramiento permanente de la calidad de vida de todos los habitantes del país. Los defensores del sistema democrático no deben olvidar que, para la enorme mayoría de la gente, la justificación del propio sistema está basada en razones *utilitarias*; es decir, la democracia se aprecia cuando se notan sus beneficios en cuestiones tan concretas como el empleo, la seguridad pública, el disfrute de los derechos fundamentales, la dignidad del salario, el acceso a los bienes culturales comunes, etcétera. Es esta medida, la democracia es un régimen político siempre en construcción, pues sus objetivos nunca pueden considerarse del todo cumplidos, de una vez y para siempre. El gran reto de la democracia mexicana es alcanzar un estadio mayor consolidación, afirmando algunas de las cuestiones sustantivas que se acaban de mencionar, de entre las muchas que se podrían citar.

5. La forma federal del Estado mexicano.

El último elemento que aparece en la fórmula compleja enunciada por el artículo 40 constitucional se refiere al sistema federal; México se constituye -expresa dicho precepto- en una república federal, "compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental".

La libertad y la soberanía de las entidades que integran la federación tienen que entenderse dentro del marco general o del sistema global que establece la Constitución. En este sentido, las entidades federativas deben observar en cualquier circunstancia los mandatos de la Constitución federal, en tanto se refieran directa o indirectamente a su régimen interior. Por poner simplemente un ejemplo, el artículo 133 establece la jerarquía normativa dentro del estado mexicano y señala no solamente la superioridad del propio texto constitucional sobre el resto de normas del ordenamiento sino también el carácter de ley suprema que tienen los tratados internacionales y las leyes del Congreso. La Suprema Corte ha realizado algunos pronunciamientos importantes sobre estos aspectos. Una tesis del Pleno de la Corte especialmente importante -que tiene un evidente impacto en la concepción global del Estado mexicano y en el ámbito de "libertad" y "soberanía" de las entidades federativas- es la siguiente:

Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Persistentemente en la doctrina se ha formulado

la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Tesis aislada. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999. Novena Época. Pleno. Tesis: P. LXXVII/99. p. 46.

Cabe recordar también que el mismo artículo 133 dispone, en su última parte, que "Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados". Esta disposición refuerza el sentido de la supremacía constitucional y marca un límite explícito (que los jueces locales no pueden dejar de observar) para las posibilidades de actuación de los ordenamientos jurídicos locales. La Constitución, por tanto, es la norma suprema que establece y delimita los alcances tanto de los poderes federales como de los locales, y por tanto -por razones no solamente jurídicas, sino incluso lógicas- es superior a ambos, ya que determina su validez⁵⁶.

Desde un punto de vista histórico debe señalarse que el sistema federal fue adoptado por primera vez en México en la Constitución de 1824, la cual, en su artículo 4, señalaba que "La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal", y en el artículo siguiente mencionaba a las partes integrantes de la Federación. Durante el siglo XIX el federalismo mexicano sufrió, como casi todas las demás instituciones del país, varias crisis de anarquía. Tanto el desorden fiscal que producía la duplicidad de impuestos y las trabas arancelarias entre las entidades federativas, como la presencia de cacicazgos locales, dieron lugar a importantes exigencias para revertir el modelo federal y convertir a México al centralismo.

El tema del federalismo fue incluso una cuestión central de la disputa entre los partidos políticos existentes en ese tiempo. Los liberales luchaban por la implantación y mantenimiento del federalismo, mientras que los conservadores tenían por bandera el centralismo⁵⁷, que lograron que se llegara a reconocer en algunos documentos constitucionales del siglo pasado⁵⁸. A pesar de todo, desde la Constitución de 1857 el federalismo se ha mantenido como uno de los postulados fundamentales del constitucionalismo mexicano.

Aunque, como es obvio, el modelo federal de la Constitución fue copiado de la Constitución norteamericana⁵⁹, en el caso de México, al revés de como sucedió en el país de origen de la institución, el federalismo no sirvió para conjuntar realidades anteriores y en cierta forma dispersas, sino para crear unidades descentralizadas dentro de un país con tradiciones fuertemente centralistas heredadas del periodo colonial⁶⁰ -implantando el llamado federalismo "segregativo" o "descentralizador". La articulación de la República mexicana como un Estado federal impone una ordenación peculiar de las fuentes del Derecho en tanto otorga a los entes federados un espacio constitucionalmente

56 Ver la interesante explicación sobre el tema contenida en Schmill, Ulises, *Teoría del derecho y del Estado*, México, Porrúa, 2004, p. 360 y ss.

57 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, cit., pp. 110-111; Aguilar Villanueva, Luis F., "El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes" en Hernández Chávez, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, FCE, 1996, p. 109.

58 Vid. la síntesis histórica que realiza, por ejemplo, Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. edic., México, Porrúa, 1989, pp. 421 y ss. Más recientemente, Hernández Chávez, Alicia, "Las tensiones internas del federalismo mexicano" en id. (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, cit., pp. 15 y ss.

59 Para una descripción introductoria del federalismo norteamericano puede verse el capítulo sexto de la obra de Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 3ª edición, tomo I, Nueva York, Foundation Press, 2000, pp. 1021 y siguientes.

60 Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, cit., p. 112 y Carpizo, Jorge, "Sistema federal mexicano" en *Los sistemas federales del Continente Americano*, México, FCE, 1972, p. 469. La explicación de los dos tipos de procedimientos para llegar al federalismo, es decir, el que parte de la unidad para crear entidades descentralizadas y el que une realidades político-geográficas anteriormente dispersas, puede verse en Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, 1975, pp. 386 y ss (bibliografía adicional sobre el tema en La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, CEC, 1994).

garantizado, con mayor o menor amplitud según se verá, de "autonomía normativa"⁶¹, diferenciado del perteneciente a la Federación.

El federalismo supone el reconocimiento de la existencia de fuerzas distintas del poder central que tienen su propia sustantividad, y que en esa virtud reclaman un campo propio de acción jurídico-política traducido entre otras cosas en la posibilidad de crear por sí mismos normas jurídicas. Es una variante más del exuberante pluralismo de las sociedades actuales⁶², pluralismo territorialmente definido en el caso mexicano, que da lugar a la existencia de una pluralidad de fuentes del derecho⁶³. Desde un punto de vista estrictamente jurídico el federalismo se manifiesta a través de la descentralización normativa, la cual se refiere a la estructura espacial o geográfica de un ordenamiento, es decir, "a la organización o articulación del ámbito de validez del orden jurídico"⁶⁴.

Aún así, el federalismo no es reducible a una noción puramente jurídica, sino que se basa en una forma especial de entender la asociación política al interior del Estado, la cual "desborda el marco del derecho constitucional"⁶⁵.

El federalismo responde, entre otras, a las siguientes tres necesidades⁶⁶:

A) A la de organizar política y racionalmente grandes espacios geográficos incorporando relaciones de paridad entre sus distintas unidades y suprimiendo las relaciones de subordinación empleadas en los imperios y colonias de los siglos pasados.

B) A la de integrar unidades relativamente autónomas en una entidad superior, salvaguardando sus peculiaridades culturales propias.

C) A la necesidad de dividir el poder para salvaguardar la libertad⁶⁷. Tal como sucede con la división de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, también se puede hacer una división "territorial" del poder, que se implementa a través de una partición funcional y competencial que diferencia los ámbitos posibles de actuación de cada nivel de gobierno⁶⁸.

La importancia que tiene la división territorial del poder al interior del Estado queda ilustrada con dos ejemplos, uno dentro de la misma Constitución mexicana y otro de una Constitución extranjera. El primero se encuentra en la equiparación de importancia que hace la Constitución mexicana,

61 Pizzorusso, Alessandro, "Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo", Quaderni Costituzionali, número 2, 1986, pp. 231-232.

62 Cfr., en general, Giugni, Marco G., "Federalismo e movimenti sociali", Rivista Italiana di Scienza Politica, Bolonia, número 1 de 1996, pp. 147-170 y Caminal Badia, Miquel, "Nacionalismo, federalismo y democracia territorial", Claves de razón práctica, número 73, Madrid, junio de 1997, pp. 1016.

63 Zagrebelsky, Gustavo, Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti Turin, UTET, 1993 (reimpresión), p. XI; Pizzorusso, Alessandro, "The law-making process as a juridical and political activity" en Pizzorusso, A. (editor), Law in the making. A comparative survey, Berlín, Heidelberg, 1988, pp. 33, 64-65 y 85-86. La relación entre federalismo y democracia en Friedrich, op. cit., pp. 392-398.

64 Schmill, Ulises, Teoría del derecho y del Estado, cit., p. 359.

65 Burdeau, Georges, Tratado de Ciencia Política, tomo II (El Estado), volumen II (Las formas de Estado), México, UNAM, 1985, p. 181. El mismo autor agrega que "La idea federal busca hacer prevalecer una asociación de grupos... la concepción federal de la autoridad es el corolario de una concepción de la sociedad comprendida como un conjunto articulado de agrupaciones de todos los órdenes", loc. cit. En el mismo sentido, Groppi, Tania, Rigidità e mutamento costituzionale negli stati federali, Siena, Universidad de Siena, 2000, p. 72 y ss.

66 García Pelayo, Manuel, Derecho constitucional comparado, reimpresión de la 7a. edic., Madrid, Alianza, 1993, pp. 216-217.

67 Cfr. Vogel, Juan Joaquín, "El régimen federal de la Ley Fundamental" en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, Manual de derecho constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 622-623; Groppi, Tania, Rigidità e mutamento..., cit., pp. 66 y ss.

68 "Su sentido y esencia (del Estado federal) consisten en la preservación de la diversidad regional -que allí donde exista está históricamente determinada-, en las mayores posibilidades de despliegue de la pluralidad dentro de un marco humanamente abarcable, en la presencia de una mayor gama de posibilidades de comprometerse con el bien común -en suma, en la descentralización-. La implantación de un Estado federal exige una atribución diferenciada de responsabilidades, una delimitación de competencias sobre materias determinadas en favor de decisores autónomos", Vogel, op. cit., p. 621.

al definir la forma de Estado, entre republicanismo, democracia, representatividad y federalismo (artículo 40), donde la fórmula federal pesa tanto como, por ejemplo, la democracia. El segundo ejemplo se puede tomar de la Constitución alemana que considera tan importante la división de Alemania en *länder*, reconocida por la propia Constitución en sus artículos 20 y siguientes, que declara que tal decisión del Constituyente es irreformable por el Poder Revisor de la Constitución (artículo 79.3)⁶⁹.

En concreto en México, el federalismo ha servido en los años recientes como atemperante del presidencialismo que se ha propiciado desde el sistema jurídico y político nacional. El federalismo permite que los partidos políticos que han sido derrotados en las elecciones presidenciales y legislativas federales, luchen y ganen elecciones en el ámbito local y, con ello, se vayan ejercitando en el desempeño gubernativo y puedan desplegar las contraofertas que sostienen como programas futuros de acción desde la oposición federal⁷⁰. Con el federalismo se multiplican los centros democráticos de decisión dentro del Estado⁷¹.

En la medida en que se vaya dando la integración de los distintos partidos de oposición en las tareas de gobierno a nivel local se puede lograr moderar el carácter excluyente del presidencialismo⁷². Además, a partir del control de un cada vez mayor número de legislaturas locales los partidos de oposición pueden ir condicionando los procedimientos de reforma constitucional, con toda la importancia que ello tiene en un país como México⁷³.

Ya hemos manifestado que la fórmula general del artículo 40 -en sus diversos aspectos- se va plasmando a lo largo de todo el texto de la Constitución. Esto también sucede, como es obvio, en el caso de la cláusula general que dispone que el Estado mexicano se constituye como una república "federal". Los dos preceptos más importantes para comprender este aspecto del artículo 40 quizá sean los artículos 73 y 124 de la propia Constitución.

En el artículo 73 se establecen las facultades del Congreso de la Unión para legislar, es decir, se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales⁷⁴. Esta delimitación no es muy precisa por cuanto la última fracción del artículo mencionado (la XXX) establece, igual que la Constitución norteamericana (artículo 1 sección VIII párrafo 18⁷⁵), las facultades implícitas para le-

69 Alberti Rovira, E., *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*, Madrid, CEC, 1986, pp. 67 y ss.

70 "El federalismo permite que partidos derrotados en el nivel nacional adquieran responsabilidades gubernamentales en los niveles inferiores, se integren al sistema, reduzcan su resentimiento y frustración frente a la derrota, debiliten su potencial antisistema, asuman una posición más dinámica que estática, gobiernen en vez de solamente oponerse y adquieran un sentido de la complejidad de los problemas sociales y de las tareas gubernamentales", Lujambio, Alonso, *Federalismo y congreso en el cambio político de México*, prólogo de Diego Valadés, México, IJ-UNAM, 1995, p. 23; en sentido parecido, Zippelius Reinhold, *Teoría general del Estado*, 2a. edic., trad. de Héctor Fix Fierro, México, IJ-UNAM, Porrúa, 1989, p. 357.

71 Vogel, op. cit., p. 622.

72 Sobre tal carácter Linz, Juan J., "Los peligros del presidencialismo" en Diamond, Larry y Plattner, Marc F. (editores), *El resurgimiento global de la democracia*, trad. de Isabel Vericat, México, IIS-UNAM, 1996, pp. 107-109. Ver también, sobre el argumento, Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (compiladores), *Las crisis del presidencialismo I. Perspectivas comparadas*, Madrid, Alianza, 1997.

73 Lujambio, op. cit., p. 24. Sobre la reforma constitucional en México Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004, pp. 217 y ss.

74 Sin perjuicio de lo que a continuación se dice sobre las facultades implícitas, lo cierto es que la enumeración taxativa de las facultades de la Federación "establece una delimitación competencial relativamente clara y evita la existencia de márgenes de interpretación excesivamente amplios", Vogel, op. cit., p. 638.

75 La justificación de las facultades implícitas fue realizada por James Madison en el número 44 de *El Federalista*; para una explicación actual de los alcances de dicha cláusula en el constitucionalismo de los Estados Unidos, ver Tribe, *American Constitutional Law*, cit., pp. 798 y ss.

gislar (*implied powers*), que permiten ampliar considerablemente la esfera federal, tal como de hecho ha sucedido en el modelo original estadounidense⁷⁶.

Las facultades implícitas "son las que el Poder legislativo puede concederse a sí mismo o a cualquiera de los otros dos Poderes federales como medio necesario para ejercer alguna de las facultades explícitas"⁷⁷; su función va en relación directa con las facultades explícitas. Entre unas y otras siempre debe existir relación, pues las implícitas no funcionan de manera autónoma⁷⁸.

Las facultades implícitas no se han usado con frecuencia en México porque siempre que se ha requerido hacer uso de una facultad federal que no estuviera claramente recogida en las distintas fracciones del artículo 73, se ha acudido a la reforma constitucional que con tanta proclividad se ha usado en el país⁷⁹.

Por su parte, el artículo 124 constitucional dispone que todas las facultades que no están *expresamente*⁸⁰ concedidas a los poderes federales se encuentran "reservadas" a los Estados⁸¹. Aunque -como ya se dijo- el sistema federal aparece en el constitucionalismo histórico mexicano desde 1824, no es sino hasta 1842 cuando aparece una norma con un contenido semejante al texto del artículo 124 vigente.

En el artículo 124 se establece a favor de las entidades federativas una competencia que podríamos llamar *residual*, teóricamente muy amplia⁸². José María Serna sostiene que la fórmula de este artículo "establece un sistema *rígido* de distribución de competencias", típico del llamado "federalismo dual"⁸³.

Tanto el artículo 73 como el 124 constitucionales suponen normas atributivas de competencias -normas que confieren poderes o, más ampliamente, normas sobre la producción jurídica⁸⁴-; su estudio debe complementarse con el de aquellas otras normas que, a pesar de no

76 Ver Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 360 y ss.

77 Tena Ramírez, op. cit., p. 116. El propio Tena Ramírez recuerda que solamente se puede otorgar una facultad implícita si se reúnen los siguientes requisitos: "1o. la existencia de una facultad explícita, que por sí sola no podría ejercerse; 2o. la relación de medio respecto a fin, entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, de suerte que sin la primera no podría alcanzarse el uso de la segunda; 3o. el reconocimiento por el Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y su otorgamiento por el mismo Congreso al Poder que de ella necesita", *ult. loc. cit.*

78 Schmill, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, 2a. edic., México, M.A.Porrúa, 1977, p. 268.

79 Cárdenas, Jaime, *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, IJ-UNAM, 2000 (reimpr.), p. 205; Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 8ª edición, México, Porrúa, 1990, p. 251.

80 El término "expresamente" no se encuentra, por cierto, en la Constitución de los Estados Unidos.

81 Carpizo, "Sistema federal...", cit., pp. 480 y ss.; del mismo autor, "Comentario al artículo 124", *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4a. edic., México, Cámara de Diputados, 1994, tomo XII, pp. 953 y ss.; *idem*, "Artículo 124", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004, tomo V, pp. 40 y ss.

82 José María Serna apunta que el sistema de distribución de competencias legislativas, realizado con base precisamente en lo que dispone el artículo 124, es altamente centralizado y guarda "muy pocas materias para los estados... en razón de que el Congreso de la Unión tiene facultades exclusivas para legislar en un número desproporcionado de materias, dejando a las entidades federativas muy pocas áreas sobre las cuales puedan ejercer sus competencias legislativas", "Introducción al análisis del sistema federal" en Valadés, Diego y Barceló Rojas, Daniel (coordinadores), *Examen retrospectivo del sistema constitucional mexicano. A 180 años de la Constitución de 1824*, México, UNAM, 2005, p. 13.

83 Serna, José María, "Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas" en Hernández, Antonio M. y Valadés, Diego (coordinadores), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, 2003, p. 313.

84 Guastini, Riccardo "En torno a las normas sobre la producción jurídica", traducción al castellano de Miguel Carbonell, en Guastini, R., *Estudios de teoría constitucional*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Fontamara, 2003; Ferrer, Jordi, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC, 2000.

otorgar competencias de forma positiva, prohíben a la federación o a los Estados regular ciertas materias⁸⁵.

Así por ejemplo, el artículo 24 constitucional, en su segundo párrafo, establece que "El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna"⁸⁶.

En cuanto a las prohibiciones a las entidades federativas, estas pueden ser absolutas o relativas. Son prohibiciones absolutas aquellas que la Constitución prevé que los estados jamás podrán realizar y que se enumeran en el artículo 117 constitucional⁸⁷. Son prohibiciones relativas aquellas en las que la actuación de las entidades federativas está subordinada a la autorización del Congreso de la Unión, las cuales se encuentran previstas en el artículo 118 constitucional. En este último caso, la autorización del Congreso -entendiendo que a través de una ley marco o ley-base, si fuera el caso, o a través de un decreto si se tratara de una autorización de carácter singular y concreta- es condición necesaria para la existencia y parámetro de validez de las normas que, con posterioridad, dicten las entidades federativas.

Excepcionalmente la Constitución prevé una alteración de la distribución competencial genérica descrita, al establecer en determinadas materias una concurrencia entre las autoridades federales, las estatales y las municipales -lo que se ha llamado por Gustavo Zagrebelsky "paralelismo de las competencias"⁸⁸; son las llamadas *facultades coincidentes*⁸⁹ o concurrentes, que se ejercen simultáneamente por la Federación, por los Estados y por los municipios⁹⁰.

Las facultades concurrentes o coincidentes pueden tomar, principalmente, tres distintas formas:

A) Puede darse que exista simultaneidad reguladora absoluta -esto es, que coexistan a la vez y de forma indistinta leyes federales y locales en una misma materia-, como es el caso del artículo 117 constitucional *in fine* que dispone que "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alcoholismo"; otro ejemplo se encuentra en el artículo 18 constitucional, párrafo cuarto, que dispone: "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores".

B) Puede suceder que tal simultaneidad sea sólo parcial en tanto la Constitución asigne algunos aspectos de una materia a la Federación y otros a las entidades federativas⁹¹. Este es el caso de la salud, en el que la Federación puede legislar sobre "salubridad general" (artículo 73 fracción

85Carpizo, La Constitución mexicana de 1917, cit., p. 252-253; id., "Comentario al artículo 124", cit., p. 955. Prohibiciones parecidas aparecen también en el texto constitucional de los Estados Unidos; para una exposición del tema, Tribe, American Constitutional Law, cit., pp. 1021 y siguientes.

86 Hay que recordar que, aunque no lo digan expresamente, los derechos fundamentales constituyen por sí mismos limitaciones de carácter material a las facultades de creación normativa del Estado; Ferrajoli, Luigi "Derechos fundamentales" en Ferrajoli, L., Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, Trotta, 1999. Sin embargo, con el ejemplo citado me quiero referir solamente a aquellos casos en que la limitación es explícita y se enfoca a una forma de creación normativa en concreto.

87 Carpizo, La Constitución mexicana de 1917, cit., p. 253.

88 Manuèle..., p. 67.

89 Carpizo, La Constitución mexicana de 1917, ult. loc. cit.

90 Tena Ramírez, op. cit., p. 121. Este fenómeno parece responder a la necesidad de articular un federalismo más "cooperativo" que "dual" y se ha impuesto también en los Estados Unidos; vid. Laslovich, Michael J., "The american tradition: federalism in the United States" en Comparative federalism and Federation. Competing traditions and future directions, Londres, Dordrecht, 1993, p. 189.

91 Carpizo no las ubica dentro de las facultades coincidentes, sino que las denomina "coexistentes", ult. loc. cit.; id., "Comentario al artículo 124", cit., p. 956. Para mí no existe una diferencia sustancial, ni terminológicamente, ni de regulación constitucional diferenciada, que justifique una división en esos términos, aunque no dejo de reconocer que ambos pueden ser igualmente adecuados.

XVI) y los Estados sobre "salubridad local"; otro ejemplo es el de las vías de comunicación (artículo 73 fracción XVII)⁹², en el que la Federación legisla sobre vías generales de comunicación y las entidades federativas sobre vías locales.

C) Puede también darse que sea la Federación, a través del Congreso de la Unión, la que regule una materia y las entidades federativas y los municipios se ajusten a lo dispuesto por la legislación federal⁹³. Tal legislación puede prever, entre otras, las siguientes dos posibilidades: a) que la normación de la materia quede a cargo por completo del Congreso de la Unión y que las autoridades locales se encarguen solamente de su ejecución, y b) que las autoridades locales puedan contribuir a la regulación mediante facultades de creación normativa, sin perjuicio de sus facultades de ejecución.

En la Constitución mexicana se pueden citar como ejemplos de este tipo de facultades los casos de la seguridad pública (artículo 73 fracción XXIII), la educación (artículo 73 fracción XXV), los asentamientos humanos (artículo 73 fracción XXIX inciso c), la protección al ambiente (artículo 73 fracción XXIX inciso g) y la materia de culto religioso (artículo 130 último párrafo).

Tanto para el caso de los asentamientos humanos como en el de la protección al ambiente, la Constitución usa el término "conurrencia" para describir la articulación competencial entre Federación, Estados y municipios, lo cual justifica, a mi entender, que se hable de facultades "concurrentes" en la Constitución mexicana, a pesar del desacuerdo de algún sector importante de la doctrina⁹⁴.

Lo que es indudable es que, en materias concurrentes o coincidentes, la Constitución ha querido que sean las autoridades de los tres niveles de gobierno las que tomen parte en su puesta en práctica; es decir, el Constituyente ha estimado que, por la trascendencia o la singularidad de determinadas materias, su regulación y ejecución no debe quedar en manos de un solo nivel gubernativo, sino que participen autoridades con competencias territoriales de distinto alcance; en consecuencia, la legislación del Congreso de la Unión debe prever un ámbito de participación de las autoridades locales y regionales. Y un ámbito no meramente nominal sino efectivo. La determinación del umbral en el que se ubica ese ámbito y de la efectividad del facultamiento federal a las entidades federativas y a los municipios, es imposible de hacer de forma general y *a priori*. Para su concreción se deben estudiar los casos concretos y, en el supuesto de que se observara que las disposiciones federales nulifican la concurrencia que ordena la Constitución, podrían ser anuladas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En Alemania, respecto de los casos en los que la Federación debe dictar disposiciones marco -enunciados en el artículo 75 de la Ley Fundamental-, se entiende que tales disposiciones no deben ser

92 Tena Ramírez, Derecho constitucional..., p. 123. Carpizo, "Sistema federal mexicano", cit., p. 486. Bernardo Bolaños señala que "las excepciones al federalismo clásico que otorgan concurrencia de funciones de diferentes esferas de gobierno sobre una misma materia, se convierten de forma natural y progresiva en la división orgánica de funciones del todo estatal", "Presidencialismo y posmodernidad" en VV.AA. Ensayos sobre presidencialismo mexicano, México, Aldus, 1994, p. 117.

93 En este caso las leyes del Parlamento federal necesitan ser "generales", pues solamente desde la dialéctica generalidad-singularidad pueden comprenderse los términos legislación y ejecución; vid. De Cabo, Carlos, "Estado social de derecho y ley general", Jueces para la democracia. Información y debate, núm. 23, Madrid, 1994, p. 39; idem, Sobre el concepto de ley, Madrid, Trotta, 2000.

94 Carpizo, La Constitución mexicana de 1917, cit., p. 255; id., "Comentario al artículo 124", cit., pp. 957-958.

autosuficientes, es decir, deben estar hechas en forma tal que precisen de ser desarrolladas por la legislación de los *Länder*, "...al regular la correspondiente materia el legislador federal debe dejar abiertas cuestiones de cierta trascendencia a la normación por los *Länder*"⁹⁵.

A partir del esquema de distribución de competencias que se acaba de describir de forma sumaria, es posible afirmar, como lo hace José María Serna, que "en México existe un sistema complejo de distribución de competencias entre Federación y estados, que permite la coordinación, el empalme, la coexistencia y la coincidencia entre estos dos términos de la ecuación del sistema federal"⁹⁶.

Los problemas, tensiones y conflictos que pueden surgir del esquema "complejo" de distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno (incluyendo, aunque no se han mencionado con anterioridad para no extender excesivamente este análisis, al Distrito Federal y a los municipios, que cuentan con un régimen de distribución de competencias propio dentro del texto constitucional⁹⁷), pueden encontrar una vía de solución en el mecanismo de las controversias constitucionales previstas en la fracción I del artículo 105 constitucional. En este precepto se dispone que el conocimiento de las controversias constitucionales corresponde al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Al revisar la nómina de actores legitimados para interponer una controversia nos damos cuenta que su sentido es precisamente el permitir procesar las diferencias entre los diversos niveles de gobierno⁹⁸. De hecho, a partir de 1995 ha crecido de forma importante el número de controversias constitucionales y se ha producido un fenómeno adicional interesante: las controversias han servido para procesar institucional y jurídicamente los conflictos surgidos sobre todo entre gobiernos de distintos niveles y en particular de distintas adscripciones partidistas. En otras palabras, el patrón más recurrente de actores en las controversias constitucionales se da cuando las partes de dichas controversias son un municipio gobernado por un partido político y un gobierno estatal gobernando por otro, o bien un municipio litigando contra la Federación⁹⁹. La existencia de este tipo de mecanismos y su papel de válvula de escape para las "tensiones federalistas" que ha generado la transición democrática mexicana es un avance que se puede juzgar como altamente positivo.

En el futuro es posible que asistamos a un proceso evolutivo importante del sistema federal mexicano. Paulatinamente hemos transitado de un sistema "dual" de distribución de competencias (en parte creado por influencia del constitucionalismo norteamericano) hacia un sistema de federalismo "cooperativo" (más parecido al modelo que diseña la Constitución alemana de 1949). Quizá la siguiente etapa en este camino implique un tránsito hacia una especie de federalismo "asimétrico" (siguiendo, en parte y toda proporción guardada, un esquema parecido al que existe en España para la distribución de competencias entre el Estado central y las comunidades autónomas), el cual

95 Vogel, op. cit., p. 643.

96 Serna, José María, "Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas", cit., p. 315.

97 Ver los artículos 122 y 115 para las competencias del Distrito Federal y de los municipios, respectivamente.

98 Cossío, José Ramón, "Artículo 105", Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada, 18ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004, tomo IV, pp. 120 y ss.

99 Ver el cuadro estadístico que nos ofrece Sánchez Cordero, Olga, Magistratura constitucional en México, México, UNAM, 2005, p. 55.

permita reconocer que no todas las entidades federativas tienen las mismas capacidades administrativas y económicas para atender con un mínimo de homogeneidad y calidad las competencias que les asigna la Constitución¹⁰⁰.

Tiene mucha razón José María Serna cuando afirma que "las entidades federativas (se refiere, desde luego, al caso de México) no tienen el mismo grado de desarrollo, ni las mismas capacidades, ni los mismos recursos humanos o financieros. El diseño institucional de un 'nuevo federalismo' mexicano debe tomar en cuenta esta circunstancia, a efecto de evitar soluciones uniformes que oculten o disimulen las marcadas diferencias existentes entre las entidades federativas"¹⁰¹. Por estas razones es que la discusión sobre el futuro del federalismo mexicano (que es una discusión, en el fondo, acerca del modelo de país que queremos), debe tener la suficiente altura y flexibilidad como para imaginar esquemas nuevos, menos rígidos y más adaptables a las condiciones reales de las entidades federativas, ya que de otra manera seguiremos teniendo un sistema federal que existe más en los libros y los textos constitucionales que en la realidad.

6. Bibliografía.

Aguilar Rivera, José Antonio y Rojas, Rafael (coordinadores), *El republicanismo en Hispanoamérica*, México, FCE, 2002.

Aguilar Villanueva, Luis F., "El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes" en Hernández Chávez, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, FCE, 1996.

Alberti Rovira, E., *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*, Madrid, CEC, 1986.

Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.

Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1992.

Bobbio, Norberto, "La regla de mayoría: límites y aporías", en *Norberto Bobbio: el filósofo y la política* (Antología), estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán, México, FCE, 1996.

Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.

Bolaños Guerra, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, ANUIES, 1996.

Burdeau, Georges, *Tratado de Ciencia Política*, tomo II (El Estado), volumen II (Las formas de Estado), México, UNAM, 1985.

Cabo, Carlos, de, "La República y el capitalismo liberal: supuestos ideológicos y jurídico-políticos" en su libro *Contra el consenso*, México, UNAM, 1997.

Cabo, Antonio de, *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, México, UNAM, 1994.

Caminal Badia, Miquel, "Nacionalismo, federalismo y democracia territorial", *Claves de razón práctica*, número 73, Madrid, junio de 1997.

Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004.

100 Algunos detalles adicionales de esta propuesta se encuentran en Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2ª edición, México, UNAM, 2004, pp. 142-143.

101 Serna, José María, "Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas", cit., p. 327.

- Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente*. Agenda mínima de reformas constitucionales, 2ª edición, México, UNAM, 2004.
- Carbonell, Miguel (compilador), *representación y democracia: un debate contemporáneo*, México, TEPJF, 2005.
- Carbonell, M., Concha, H., Córdova, L. y Valadés, D. (coordinadores), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2ª edición, México, IIJ-UNAM, 2002.
- Cárdenas, Jaime, *Una constitución para la democracia*. Propuestas para un nuevo orden constitucional, México, IIJ-UNAM, 2000 (reimpr.).
- Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 8ª edición, México, Porrúa, 1990.
- Carpizo, Jorge, "Sistema federal mexicano" en *Los sistemas federales del Continente Americano*, México, FCE, 1972.
- Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional*, 2ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2005.
- Cossío, José Ramón, "Artículo 105", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004.
- De Cabo, Carlos, "Estado social de derecho y ley general", *Jueces para la democracia*. Información y debate, núm. 23, Madrid, 1994.
- De Cabo, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.
- Dworak, Fernando F., *El legislador a examen*. El debate sobre la reelección legislativa en México, México, FCE, 2003.
- Elster, Jon (compilador), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- Fernández Segado, Francisco, *El federalismo en América Latina*, México, UNAM, 2003.
- Ferrajoli, Luigi, "¿Democracia sin Estado?" en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel A. (coordinadores), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. Derecho constitucional y política, México, IIJ-UNAM, 2005.
- Ferrer, Jordi, *Las normas de competencia*. Un aspecto de la dinámica jurídica, Madrid, CEPC, 2000.
- Ferreres Comella, Víctor, *Jurisdicción Constitucional y Democracia*, Madrid, CEPC, 1997.
- Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, 1975.
- García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, reimpresión de la 7a. edic., Madrid, Alianza, 1993.
- Giugni, Marco G., "Federalismo e movimenti sociali", *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Bolonia, número 1 de 1996.
- Groppi, Tania, *Rigidità e mutamento costituzionale negli stati federali*, Siena, Universidad de Siena, 2000.
- Groppi, Tania, "La reforma constitucional en los Estados federales entre pluralismo territorial y no territorial" en Serna de la Garza, José María (coordinador), *Federalismo y regionalismo*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, IIJ-UNAM, 2002.
- Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM, Fontamara, 2001.
- Guastini, Riccardo, "La Constitución como límite a la legislación" en Carbonell, M. (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 3ª edición, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2005.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001.

- Hernández Chávez, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, FCE, 1996.
- Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, 1970.
- La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, CEC, 1994.
- Laslovich, Michael J., "The american tradition: federalism in the United States" en *Comparative federalism and Federation. Competing traditions and future directions*, Londres, Dordrecht, 1993.
- Linz, Juan J., "Los peligros del presidencialismo" en Diamond, Larry y Plattner, Marc F. (editores), *El resurgimiento global de la democracia*, trad. de Isabel Vericat, México, IIS-UNAM, 1996.
- Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (compiladores), *Las crisis del presidencialismo I. Perspectivas comparadas*, Madrid, Alianza, 1997.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1976.
- Lujambio, Alonso, *Federalismo y congreso en el cambio político de México*, prólogo de Diego Valadés, México, IIS-UNAM, 1995.
- Madison, James, *República y libertad*, Madrid, CEPC, 2005.
- Orozco, José de Jesús, "Formas de Estado" en Carbonell, Miguel (coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2005.
- Ovejero, Félix y otros (compiladores), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Pettit, Philip, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Pitkin, Hanna F., *El concepto de representación*, trad. de Ricardo Montoro, Madrid, CEC, 1985.
- Pizzorusso, Alessandro, "Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo", *Quaderni Costituzionali*, número 2, 1986.
- Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, I.El debate contemporáneo, Madrid, Alianza, 1987.
- Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, IFAI, 2005.
- Schmill, Ulises, *Teoría del derecho y del estado. Ensayos*, México, Porrúa, 2004.
- Schmill, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, 2a. edic., México, M.A.Porrúa, 1977.
- Serna, José María (coordinador), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- Serna, José María, "Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas" en Hernández, Antonio M. y Valadés, Diego (coordinadores), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, 2003.
- Serna, José María, "Introducción al análisis del sistema federal" en Valadés, Diego y Barceló Rojas, Daniel (coordinadores), *xamen retrospectivo del sistema constitucional mexicano. A 180 años de la Constitución de 1824*, México, UNAM, 2005.
- Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 32ª edición, México, Porrúa, 1998.
- Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, 3ª edición, tomo I, Nueva York, Foundation Press, 2000.
- Valadés, Diego, "El poder legislativo mexicano", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 4, Madrid, julio-agosto de 1978.
- Valadés, Diego, "El control interorgánico entre los poderes legislativo y ejecutivo en México" en *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988.

- Valadés, Diego y Serna, José María (coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, México, UNAM, 2005.
- Valadés, Diego, "Formas de gobierno" en Carbonell, Miguel (coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2005.
- Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal*. Un enfoque igualitario y democrático, México, Fontamara, 1997.
- Vega, Pedro de, "Significado constitucional de la representación política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, Madrid, 1985.
- Vega, Pedro de, "Constitución y democracia" en *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, México, FCE, 1983.
- Vogel, Juan Joaquín, "El régimen federal de la Ley Fundamental" en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- VV.AA. *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*, México, Aldus, 1994.
- www.inafed.gob.mx (página del Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal, dependencia de la Secretaría de Gobernación).
- Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti* Turín, UTET, 1993 (reimpresión).
- Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005.
- Zippelius Reinhold, *Teoría general del Estado*, 2a. edic., trad. de Héctor Fix Fierro, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 1989.

El juicio bilateral en la norma jurídica

Jorge Enrique Ortega Flores

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho y es Consejero Editorial de Pandecta.

Pasamos por alto las posiciones que pretenden fundar la existencia de otro tipo de consecuencias jurídicas distintos del deber y el derecho, como la expectativa de derecho.

A la Escuela Libre de Derecho, mi escuela

Parece sencillo afirmar que la bilateralidad de la norma jurídica deriva de la absoluta dicotomía de sus consecuencias,¹ más el problema sobre la fundamentación de la bilateralidad de la norma es un problema de lógica jurídica y distinción de relaciones de juicios. No toda regla de conducta es bilateral, pues no toda regla es el producto de la interrelación necesaria de juicios con respecto a una conducta. La norma moral, por ejemplo, se compone únicamente de un juicio, que establece un deber, y es ésta su única diferencia con el ordenamiento jurídico, pues ontológicamente el juicio del deber es siempre el mismo.

Lo que hace distinta a la norma jurídica de cualquier otra es precisamente esta interrelación necesaria de juicios con respecto a una conducta. Vayamos por partes. Dos juicios se encuentran interrelacionados no cuando no puede existir uno sin el otro, de tal suerte que no sólo son congénitos sino coexistentes, sino cuando su racionalidad depende de la existencia (independiente) del otro, es decir cuando uno no se entiende sin el otro. Por ejemplo: el juicio normativo de deber existe por sí mismo, ya hemos visto que es este incluso el único juicio de que constan las reglas de la moral, mas el juicio de deber es ininteligible a la luz de su interrelación con un juicio de derecho o con otro juicio de deber en un ordenamiento jurídico, y es aquí a dónde quería llegar. Una vez concluido que la bilateralidad de la norma no se reduce a la dualidad de las consecuencias de Derecho, ¿la bilateralidad de la norma jurídica se reduce a la interrelación entre el juicio de deber y el juicio de derecho? No.

Lo **esencial** a la norma jurídica es que el juicio de deber se encuentre de tal modo relacionado con otro juicio, que la conducta prescrita por este pueda ser exigida por otro sujeto de Derecho.

Ahora bien, **no** debemos confundir el análisis de la *relación entre juicios*, con el análisis de los juicios en sí mismo, lo que da bilateralidad a la norma jurídica no es sólo la existencia de dos juicios normativos, sino su interrelación, que se extrapolará en la relación entre dos entes destinatarios de la misma norma, entre dos **personas**.

La relación entre la conducta debida y la conducta **exigir**, **NO** es necesariamente la relación entre el juicio de deber y el juicio de derecho, pues si bien es cierto que el juicio de derecho es de-

¹ Pasamos por alto las posiciones que pretenden fundar la existencia de otro tipo de consecuencias jurídicas distintos del deber y el derecho, como la expectativa de derecho.

pendiente del juicio de deber, aunque de existencia propia (pues no puede entenderse racionalmente un juicio de derecho sin un juicio de deber) también es cierto que el juicio de derecho se relaciona **sólo** con un juicio de deber. Vayamos por partes. Decíamos que lo esencial a la norma jurídica es que la conducta debida pueda ser exigida a un sujeto por otro sujeto; hasta aquí existen dos conductas: la debida y la de exigir. La ontología de ambas es independiente aunque no excluyente, pues no se pueden entender racionalmente una sin la otra; así: la conducta debida es una y la de exigir es otra, pero están relacionadas por la norma jurídica "X" que funcionaliza a la conducta debida en razón de la conducta de exigir y hace dependiente a la conducta de exigir de la conducta debida.

Si son dos conductas (como hasta ahora hemos concluido) y cada una existe en sí misma, su ontología puede ser distinta o la misma y esto únicamente será relevante cuando por la coincidencia o no de naturaleza de la conducta se merme la relación entre juicios: la bilateralidad. Por ejemplo: la conducta de exigir otra no puede entenderse sino en relación con una conducta debida, pues el juicio normativo de derecho ontológicamente se entiende en un campo de libertad, de tal suerte que es **imposible** jurídicamente que yo **exija** propiamente que se ejecute una conducta que tengo **derecho** de **no** ejecutar; pierde **sentido racional** el juicio; luego entonces, la bilateralidad de la norma jurídica cuando interviene un juicio normativo de derecho sólo puede entenderse en tanto el juicio de interrelación es un juicio normativo de deber.

Por otro lado, la racionalidad del juicio de deber en su interrelación con otro juicio **no** se pierde si este otro juicio es a su vez un juicio de deber, pues debemos recordar que las conductas son dos y su ontología puede ser o no afín, y esto es relevante sólo cuando impide la racionalidad de la relación; así, la conducta de exigir puede ser al mismo tiempo debida, mientras sea **ésa conducta** la relación con una conducta debida será perfecta. Ej.: es mi **deber**, **exigirte** que trabajes y tú tienes el deber de trabajar; la naturaleza ontológica de las conductas es la misma: son conductas debidas, pero su relación **no imposibilita** su racionalidad, como en el caso de los dos juicios normativos de derecho. El problema de si la conducta de exigir en una cadena de ontología de la conducta, necesariamente debe terminar en ser una conducta prevista en un juicio de derecho es una cuestión muy interesante. En opinión del autor, no necesariamente, más es muy discutible. Lo anterior tiene repercusiones prácticas interesantes tanto para el derecho del trabajo y el derecho administrativo como para el derecho civil, especialmente en el derecho de familia. Durante siglos se han dado diversas explicaciones de la naturaleza jurídica de la patria potestad, la doctrina dominante parece afirmar que se trata de un *conjunto de facultades* (juicios normativos de derecho, en nuestra denominación) *de ejercicio obligatorio*. Sin mayor ahondamiento, podrá el lector fácilmente darse cuenta de que la doctrina consagra un **imposible jurídico** en aras de mantener la que se piensa como teoría de la bilateralidad: la creencia de que toda conducta de exigir ontológicamente se encuentra en un juicio de derecho, y esto no es sino la consecuencia necesaria de concebir a la bilateralidad de la norma jurídica, en función de la dicotomía de las consecuencias de Derecho.

De este modo, terminamos con uno de los más grandes sofismas de la ciencia del Derecho: a to-

do derecho un deber y a todo deber un derecho (la teoría de la bilateralidad de la norma) para establecer un nuevo apotegma: **A toda conducta de exigir, una conducta debida**, he ahí, el verdadero principio ontológico de bilateralidad de la norma jurídica.

Conclusión

La bilateralidad de la norma jurídica es la interrelación de dos juicios normativos (derecho-deber-/deber-deber) en relación a una conducta determinada, **no** la relación dicotómica de las consecuencias de Derecho. **A toda conducta de exigir, una conducta debida.**

Naturaleza jurídica de la concesión

Javier Pérez Davó

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

Tatar de ver la naturaleza de un objeto, y en este caso jurídico, es sencillamente intentar desmembrarlo en sus elementos más sencillos, para poder así obtener la esencia del mismo. La concesión ha tenido diferentes nombres a través de la historia; *“La palabra concesión se usa en muy diversos significados y con ella se designan diversas instituciones. El empleo de este término ha sido y es tan poco preciso, que con justa razón se ha dicho que desempeña en el derecho actual la misma función que desempeñó, en otro tiempo, “la gracia” en el derecho canónico. El uso promiscuo de este término se verifica en la práctica, en las leyes y, aún, en los autores. La doctrina ha procurado con ahínco fijar sus caracteres.”*¹

La concesión no es un acto exclusivo del Derecho Administrativo², la doctrina francesa y la italiana entendió que se asemejaba a un contrato como el que celebrarían dos personas. Entonces sencillamente se decía que la naturaleza jurídica de la concesión era la de un contrato.

La concesión como contrato.

*Se dice que la concesión es un contrato que liga a la administración y al concesionario, puesto que existe un acuerdo de voluntades entre éstas partes, así como un objeto, ya que se consiente en otorgar la concesión por el Estado al concesionario, y éste en hacerse cargo de la realización de una obra o la gestión de un servicio público con beneficio económico para sí, que se traduce asimismo en el objeto del contrato.*³

Se sostuvo, que el Estado, obraba en el campo del derecho privado y el concesionario se obligaba a cumplir las cláusulas convencionales que él establecía y las disposiciones legales que se consideraban como contenido obligatorio de la concesión. Esta posición fue desechada por la teoría moderna, junto con la de la doble personalidad del Estado. Otro argumento contrario, fue el hecho de que los contratos sólo surten efectos entre las partes mientras que la concesión tiene efectos con relación a terceros que son los usuarios.

Cuando se fundamenta en la doctrina a la concesión como un contrato de derecho público, podemos suponer que fue con el fin de seguir defendiendo la teoría del contrato, en contra de los

1 Vázquez del Mercado Alberto, Concesión Minera y Derechos Reales (México: Editorial Porrúa Hnos., 1946), p. 8.

2 “La concesión se regulaba por las normas del Derecho Civil, y como si se tratara de un contrato; lo que es más, se pensaba que era un contrato; pero cuando ya se forma en el campo del Derecho administrativo la teoría del acto jurídico concesión, se percatan los autores que no puede ser un acto contractual el que el Estado otorgue una concesión.” Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones (México: Editorial Porrúa, 2002), p. 525.

3 Figueroa Ríos Guillermo, La Concesión como Institución Colaboradora en la Administración del Estado (México: Tesis ELD, 1949), p. 22.

que la criticaron, debido a que se dejaron de aplicar las normas de derecho privado. Pero con una breve exposición, podemos considerar que según esta teoría se definió a la concesión como contrato administrativo regulado por el derecho público; un contrato con la característica especial de crear una relación jurídica compleja. Por un lado, una situación reglamentaria que regula la organización y funcionamiento del servicio, y por el otro lado una situación contractual de derecho administrativo, que se refiere a la condición económica de la explotación, o sea a la ecuación financiera de la concesión. La concesión de servicios públicos se vislumbraba como un contrato comportando una delegación del poder público a los efectos de ocupar el dominio público, imponer limitaciones al dominio y percibir las tarifas de los usuarios del servicio. Sin embargo, se pensaba que la concesión comportaba una particularidad, vale decir, la referente a la organización del servicio a favor de los usuarios y la creación de derechos para ellos.

Pero hasta este momento, la teoría general del contrato parece permitir una explicación de estas relaciones jurídicas del usuario con el concesionario y el concedente, y a este respecto se decía que la concesión comportaba una estipulación por otro habiendo el concedente estipulado a favor del público.

La teoría puramente contractual ha sido abandonada y ello porque, por una parte, la situación de los usuarios del servicio no puede ser concebida como resultante de una estipulación por otro sino al precio de una desfiguración de esta teoría, y ello porque en la teoría de la estipulación por otro los terceros beneficiarios deben de estar designados individualmente en el contrato. Por otra parte, en las relaciones entre el concedente y el concesionario, el acuerdo de voluntades no puede ser considerado como contractual, en razón del objeto a que se refiere este acuerdo. Ese objeto es la organización y el funcionamiento de un servicio público en el que la administración debe conservar constantemente el dominio. El establecimiento de las reglas de este servicio constituye lo que se llama la ley de servicio.⁴

El objeto del acto administrativo no se puede conciliar con la teoría del contrato, y además podemos argumentar que existe el principio según el cual, la organización de los servicios públicos es de la competencia unilateral y exclusiva de los poderes públicos.

La concesión como un acto administrativo.

Pero la doctrina fue avanzando poco a poco, y por influencia de la doctrina publicística alemana, se consideró que el fundamento de la concesión debía encontrarse en un acto unilateral de la administración pública, una definición de la concesión es la de O.Mayer, "el acto administrativo mediante el cual se transfiere a un particular el poder sobre una parte de la administración pública".⁵

También cabe mencionar que el Estado buscaba una forma de que se pudieran otorgar los servicios que le correspondían según la Carta Magna, es decir ante la falta de recursos del propio Estado se buscaba garantizar la inversión en ciertas actividades que se consideran exclusivas a este. Otro punto, es que sí la concesión fuera un contrato se necesitaba de la voluntad de las dos partes para poder cambiar alguna de las cláusulas.

4 Lizardi Calderón Manuel Fernando, *La Banca como Actividad sujeta a Concesión del Estado* (México: Escuela Libre de Derecho, 1982), p. 72.

5 Citado por Vasquez del Mercado, op. cit. p. 8.

No era posible que esta situación sometida al Derecho Privado (Civil o Comercial), pudiera resistir los embates de las necesidades de un funcionamiento regular y continuo del servicio. No era posible que éste, sometido a una rigidez absoluta en todas sus cláusulas, las cuales no podían ser modificadas sin el consentimiento del concesionario, pudiera adaptarse a las necesidades siempre crecientes y variantes del servicio. Aun cuando se creyó en principio que las partes, Estado y empresa se encontraban sobre un pie de igualdad, no era necesario poseer dotes extraordinarias para comprender que el Estado no podía dejar de ser Estado, ni tampoco podía permitir que la situación de los usuarios y las ventajas que del servicio podían obtener, permanecieran al arbitrio del concesionario. Pronto se comprobó que el derecho de vigilancia, de policía, son poderes inalienables de autoridad que en ninguna forma pueden enajenarse o pactarse, pero lo que es más importante, que el servicio concedido continúa siendo un servicio público, y consecuentemente, el Estado no pierde por el acto de la concesión su poder de control sobre el mismo, en beneficio del interés general. La concepción contractual sometida al Derecho Civil, al derecho de las Obligaciones, no podía en ninguna forma regular una situación extraña a su cuadro en el cual una de las partes no busca un beneficio personal sino un beneficio de interés general: la prestación al público de un servicio.⁶

Para esta teoría la concesión es un acto jurídico unilateral por virtud del cual el Estado otorga a un particular el Derecho a explotar bienes o servicios públicos, concediéndose el ejercicio de ese derecho sin la intervención de la voluntad del particular (concesionario), pues éste se concreta a aceptar las condiciones preestablecidas. Se argumenta que el concesionario carece de derecho alguno frente al Estado por lo que éste puede en cualquier momento y con el mismo derecho que tiene para otorgar las concesiones, revocarlas o modificarlas.

La teoría que encuentra en la concesión un acto unilateral del Estado, trata de demostrar que estando en primer término el interés público, cuando así lo exija éste, sólo debe imperar la voluntad del Estado, para satisfacerlo, hasta el grado de modificar o revocar la concesión con sacrificio del interés del concesionario; más resulta inadmisibles la teoría, por este resultado.⁷

Estas teorías se han desarrollado con diferentes variaciones pero en lo esencial explican lo mismo, entendidas como puras.⁸

La concesión como el intermedio entre un contrato y un acto administrativo.

Se desarrolló también la idea, por otros autores, de una mezcla entre las dos teorías que analizamos anteriormente⁹, unos viendo a la concesión como una mezcla de acto y contrato, o distinguiendo según el tipo de concesión¹⁰, es decir la naturaleza jurídica de la concesión cambia según el tipo, la explotación de bienes en manos del Estado se entiende como acto administrativo, y la de servicios públicos como un contrato.

6 Balboa Escobar César, *La Concesión de Servicios Públicos en el Derecho Mexicano* (México: Escuela Libre de Derecho, 1953), p. 13.

7 Figueroa Ríos Guillermo, op. cit., p. 22.

8 Existe un breve desarrollo de una teoría que entiende a la concesión como acto jurídico bilateral. "Así pues, consideramos como indiscutible que la concesión, es un Acto Jurídico Bilateral ya que existe un acuerdo de voluntades que se realiza con la intención de producir consecuencias de derecho y del contenido de ellas, resultan efectos contrarios; el Estado necesita concesionar y cobrar tributo, el particular desea la concesión con todas las obligaciones inherentes. Espinosa de los Monteros Álvarez del Castillo Gonzalo, *La Concesión Minera Consideraciones Teóricas*. (México: Escuela Libre de Derecho, 1980), p. 27.

9 Moreau, Bérthélemy, Ancoc, Dufruz, Bonnard.

10 Hugo Forti y Arnaldo de Valles.

Según esta teoría la concesión consiste en que ciertas cláusulas tienen una naturaleza contractual de derecho administrativo. Serían reglamentarias las cláusulas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio y serían contractuales las relativas a duración de la concesión y administración de la empresa que prestara el servicio.¹¹

El desarrollo de la teoría como acto mixto o complejo¹² habla de que este tiene elementos esenciales, un acto reglamentario, un acto condición y un contrato. El primer elemento establece el conjunto de normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento¹³, el acto condición es el que condiciona la atribución al concesionario de las facultades que la ley establece, y el contrato esta integrado por ciertas cláusulas que buscan un equilibrio entre las dos partes.

La concesión como un derecho, ya sea personal o real.

También existen los que ven a la concesión como un derecho, ya sea un derecho personal sui generis o un derecho real¹⁴. Sobre la primera tesis en realidad los autores no aportan nada nuevo, y simplemente la desarrollan de una forma escueta con muchas semejanzas a la clásica de ver a la concesión como un contrato. Es más, es una adaptación de esta buscando que pueda levantarse ante las críticas que se le han hecho. A favor tenemos opiniones como la del jurista Miguel Acosta Romero.

Los derechos derivados de la concesión, generalmente son personalismos, y el concesionario debe, si no ejecutarlos todos por él mismo, ya que sería imposible, sí vigilar personalmente su ejercicio. Las concesiones amplían el ámbito patrimonial del concesionario y le permiten obtener una utilidad derivada de su actividad personal y un rendimiento a sus inversiones, que es el incentivo que tienen para dedicarse a esa actividad. Anteriormente se decía que este concepto y el plazo, formaban parte del elemento contractual. En nuestra opinión, en la experiencia administrativa mexicana, ya no se celebran contratos sobre este aspecto, sino que el concesionario calcula previamente cuál podría ser el rendimiento que obtenga de una concesión y si el cálculo le es favorable, la solicitará, pero no entra en un convenio con la Administración, sobre este aspecto, tampoco el plazo se discute, sino que ya está previamente fijado por las disposiciones legales que rigen las distintas materias.¹⁵

Pero en cambio la de concesión como derecho real doctrinariamente los argumentos en contra han sido muy débiles, e incluso los doctrinarios del derecho han omitido tratarla en sus tratados de derecho civil o administrativo. La concesión como derecho real es defendible por el solo hecho de ver que se crea un derecho a favor del particular, y este puede ser de dos clases personal o real. Seguramente personal no lo es (ya la tesis de la concesión como contrato es insostenible), por lo tanto es un derecho real, quizás con sus particularidades, pero sin dejar de serlo.

11 Dentro de estas teorías se ha hablado de que en los Estados liberales la concesión se asemeja más a un contrato y en cambio en los Estados Intervencionistas, la concesión sería considerada más como un acto administrativo sin privilegios para los particulares, y en un Estado socialista o con tendencia a ese sistema, se restringirá paulatinamente el régimen de concesión para que el Estado se haga cargo de las actividades que en otros tiempos fueron consideradas dentro de la esfera de actividades exclusivas de los particulares.

12 Gabino Fraga.

13 Nuestro punto de vista es que se refieren a un simple marco legal. Que acaso el matrimonio no tiene uno.

14 Alberto Vázquez del Mercado, Rafael Rojina Villegas.

15 Acosta Romero Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo (México: Porrúa, 1981), p. 419.

Posibilidad de enajenaciones y constitución de derechos reales por los modos administrativos. Existe todo un comercio jurídico en la vida administrativa, todo un conjunto de derechos reales especialmente administrativos, toda una serie de operaciones administrativas para la constitución de esos derechos reales; el comercio jurídico de la vida administrativa se distingue de la vida privada, en que no pretende como él la perpetuidad y la definitividad, se conforma por el contrario con lo provisional, lo temporal y lo vitalicio. Mientras que en las situaciones de la vida pública y administrativa se caracterizan por el contrario por el hecho de que el elemento de la precariedad jamás está completamente ausente.

"El modo ordinario de enajenación o de constitución de derechos reales afectados de precariedad sobre el dominio público es la concesión. Las concesiones temporales pueden ser hechas sobre las partes del dominio público, ellas son de una práctica constante; pero no solamente confieren al concesionario la posesión y el ejercicio de la acción posesoria, sino le otorgan un verdadero derecho real de goce sobre la cosa, con la sola limitación de que este derecho real es temporal revocable o rescatable como la concesión misma" (Précis de Droit Administrative et de Droit Public, 10ª. edición, pág. 621).¹⁶

Un punto muy importante para poder defender esta teoría, es aquel principio que dice: Es principio fundamental en materia de sucesión constitutiva, que el derecho derivado tiene igual naturaleza jurídica que el derecho originario. Por consiguiente podemos argumentar, que sí el Estado tiene la propiedad originaria, de esta se deriva otro derecho de propiedad con la constitución. Pero una vez que el derecho se desprende del originario, este nuevo derecho adquiere autonomía.

Una crítica que se le hace a esta tesis, es aquella que dice que en el campo del derecho público no pueden existir derechos reales. Los bienes de dominio público son por lo tanto en términos de la Ley General de Bienes Nacionales y la propia Constitución como inalienables e imprescriptibles. *Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles y no estarán sujetos, mientras no varíe su situación jurídica, a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional. Los particulares y las instituciones públicas sólo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes, los derechos regulados en esta ley y en las demás que dicte el Congreso de la Unión.*¹⁷

Además la misma ley en su artículo 20, dice claramente que las concesiones no crean derechos reales. Pero es discutible este punto debido a la esencia de una concesión, sobre todo en el caso de las concesiones mineras.¹⁸ Por las disposiciones que existen en la materia.

En contra de esta opinión están las de Hariou en Francia, y la de Dante Mejorana en Italia. Los dos asemejan la propiedad del mismo Estado a un derecho real. Absurdo sería decir que el Estado no tiene un derecho real sobre sus posesiones.

¹⁶ Citado por Rojina Villegas Rafael, op. cit. p. 148.

¹⁷ Primer párrafo del artículo 16, de la Ley General de Bienes Nacionales.

¹⁸ Para Gabino Fraga existe una distinción total entre la concesión de Servicios Público y la de explotación de bienes de dominio público, "Al ocuparnos de los actos administrativos, consagramos un capítulo especial a la concesión de servicio público, y con lo que allí expusimos se marca la diferencia que dicha concesión guarda con lo que hoy nos va a ocupar." Se refiere a la de concesión de explotación de bienes del Estado. Gabino Fraga, Derecho Administrativo (México: Porrúa; 39ª edición, 1999), p. 368.

El artículo 27 de la Constitución Mexicana explica este punto al decir: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada." En ese precepto podemos inferir al igual que lo hizo el jurista Tena Ramírez que sí existe un derecho real del Estado sobre la propiedad privada. Para el Derecho Minero las minas se han considerado como derechos reales en las disposiciones que han regido la materia:

*El sistema de todas las leyes que nos han regido en esta materia y el de la misma ley actual de 2 de Agosto de 1930, es el conocido con el nombre de "libertad de minas" o también con el de "ocupación", en el que el descubrimiento y el registro da derecho al descubridor a que se le otorgue la concesión de la mina, según el principio de prioridad en el denuncia y en el que el otorgamiento de la concesión confiere un derecho real de duración indefinida, oponible a todos y sujeto a las desmembraciones de la verdadera propiedad, derecho que se encuentra en el comercio, y que puede ser libremente objeto de todos los contratos compatibles con su naturaleza.*¹⁹

Controvertido es que si la concesión fuera un derecho real se podría entonces disponer de ella libremente. Existe un civilista que defiende la opinión de que la concesión es un derecho real, Nicolás Coviello en su Doctrina General de Derecho Civil lo hace, por que al establecerse una relación jurídica el particular adquiere el uso sobre una cosa pública. Pero esta entonces siendo onerosa, al ser revocada por el Estado, se tendría que pagar los daños y perjuicios²⁰ correspondientes, por lo que la precariedad no es tan sencilla como parece.²¹

Por todo esto que acaso no nos preguntaríamos ¿por qué el Estado tiene que pagar daños y perjuicios? significa entonces que dentro de la relación jurídica se establece un derecho real. Podemos establecer una semejanza con la expropiación en el derecho real de propiedad.

*Nada impide por esto, que el Estado cree, por medio de la concesión, derechos reales en favor de los particulares o de sociedades privadas sobre ciertas categorías de bienes, especialmente sobre los ferrocarriles y sobre las minas para las que es frecuentemente más provechoso la administración del particular que la del Estado; y por lo mismo, cuando el concesionario no use o haga mal uso del bien -es decir cuando no logre su destino-, la concesión se extingue por caducidad, y el bien continúa sirviendo su función, ya que el Estado vuelve en ese caso a asumirla".*²²

En contra de esta tesis tenemos la opinión de Gabino Fraga, el cual expone porque él no esta conforme con esta tesis.

19 De Rosenzweig Francisco La Nulidad en Materia de Concesión de Minas (México: Porrúa; 1945), p. 6.

20 "Rescate es un principio aplicable únicamente a las concesiones de explotación de bienes del Estado. Es el acto mediante el cual el Estado recupera o rescata los bienes concesionados, previa indemnización al concesionario. Es en otras palabras una revocación administrativa, denominada rescate por considerarse que los bienes nunca salieron del dominio del Estado quien únicamente permitió el uso temporal de ellos. Reversión: Consiste en que transcurrido el plazo al cual estaba sujeta la concesión desde su otorgamiento o renovación, los bienes con los cuales se prestaba el servicio pasan a ser propiedad del Estado sin necesidad de contraprestación alguna. Lizardi Calderón Manuel Fernando, op. cit., p. 79. Estos son unos de los puntos que más se discuten en doctrina para afirmar si es o no un derecho real.

21 "Plazo: Generalmente las concesiones son otorgadas a plazos determinados. El objeto primordial del establecimiento de un término, es para que el concesionario disfrute de los beneficios derivados del acto de concesión, al tiempo que le permite prestar el servicio de una manera correcta. Lizardi Calderón Manuel Fernando, op. cit. p. 76.

22 Enrico Guicciardi, El dominio [1934], p. 376. Citado por Vasquez del Mercado, op. cit. p. 42.

Dentro de la misma tesis se considera que el concesionario adquiere un derecho real, puesto que la concesión crea una relación de derecho respecto del bien que es su objeto, relación de tiene carácter absoluto y puede oponerse por el concesionario a cualquier persona, y se concluye que, dada la naturaleza del bien sobre que recaen, las concesiones constituyen derechos reales sobre inmuebles, corroborándose todo lo anterior con las disposiciones de las leyes mineras, que han regido en el país, las cuales sujetan al Código Civil y al de Comercio, según el caso, el régimen de la propiedad minera y sus desmembraciones y los contratos respectivos.

La tesis anterior no nos parece admisible, porque sin desconocer que la concesión crea ventajas patrimoniales para el concesionario y que puede ser objeto de diversos actos y contratos, ni la legislación contemporánea admite que se trate de un bien regido por la legislación civil, ni la naturaleza del mismo permite equiparlo a un derecho real sobre inmuebles.²³

Análisis sobre la Jurisprudencia que nos pueda aportar datos importantes acerca de su Naturaleza Jurídica.

CONCESIÓN FEDERAL. NO LA CONSTITUYE UN SIMPLE PERMISO.

Si unos individuos solamente tienen permiso de la Secretaría de Agricultura y Ganadería para el coste y labrado de durmientes para las vías férreas, los conflictos con sus trabajadores son de la competencia de las autoridades del orden común de acuerdo con la fracción XXXI del artículo 123 constitucional, pues ésta da competencia federal a empresas que tengan contrato o concesión federal, y no sólo permiso.

Competencia 98/58 entre la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del Estado de Campeche y la Junta Federal Permanente de Conciliación Número Catorce en Mérida, Yucatán, para conocer del juicio laboral entablado por Antonio Pool Gómez en contra de José Romellón y Plutarco González López. Fallada el 12 de febrero de 1963, por unanimidad de 17 votos de los CC. Ministros: Carreño, Rebolledo, González Bustamante, Tena Ramírez, Rivera Silva, Mercado Alarcón, Mendoza González, Rojina Villegas, Rivera Pérez Campos, Vela, Castro Estrada, Pozo, Padilla, Yañéz Ruiz, Carvajal, González de la Vega y Presidente Guzmán Neyra. Fue relator el Ministro Vela.

Informe 1963. Pleno. Pág. 210.

CONCESIÓN FEDERAL. NO PUEDE CONSIDERARSE COMO TAL, EL PERMISO PARA APROVECHAR MADERA DE PINO.

El artículo 123, fracción XXXI, de la Constitución General de la República, previene que la aplicación de las leyes del Trabajo comprende a las autoridades de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, y que sólo son de la competencia exclusiva de las autoridades federales, entre otros asuntos, los relativos a las industrias que allí se señalan y a las empresas que actúen en virtud de

²³ Gabino Fraga, Derecho Administrativo [México: Porrúa; 39ª edición, 1999], p. 372.

un contrato o concesión federal, por lo que si no se prueba que una sociedad opera bajo concesión federal, sino sólo mediante un permiso para aprovechar madera de pino, la competencia para conocer de sus conflictos corresponde al fuero común.

Competencia 126/58 entre la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del Estado de Chihuahua, y la Junta Federal de Conciliación Número Quince de la ciudad de Chihuahua, Estado del mismo nombre, para conocer de la demanda entablada por Naisla Rascón viuda de Holguín en contra de Compañía "Maderas del Noreste", S. de R. L. Fallada el 19 de marzo de 1963, por unanimidad de dieciocho votos de los CC. Ministros: Carreño, Rebolledo, González Bustamante, Rivera Silva, Mercado Alarcón, Mendoza González, Rojina Villegas, Vela, Castro Estrada, Azuela, Pozo, Padilla, Salmorán de Tamayo, Yáñez, Ramírez Vásquez, Carvajal, González de la Vega y Presidente Guzmán Neyra. Fue relator el ministro Pozo.

Informe 1963. Pleno. Pág. 211

CONCESIÓN FEDERAL. NO SE PRESUME. (CARRETERAS).

Si se ejecutan trabajos en una carretera que une dos entidades federativas, aunque este hecho hace presumir que la empresa constructora que los hace obra en virtud de concesión federal, si en autos no aparece constancia alguna que acredite que efectivamente tiene esa concesión, la competencia para conocer de sus conflictos corresponde a las autoridades del Trabajo del orden común.

Amparo en revisión 1144/59.- Gas Industrial, S. A.- 7 de mayo de 1970.-5 votos- Ponente: Antonio Capponi Guerrero.- Srio: Carlos G. Canto López.

Informe 1970. Sala Auxiliar. Pág. 104.

Con estas jurisprudencias los ministros de la Suprema Corte de Justicia entendieron que un simple permiso no forma una concesión, así como la presunción de una concesión tampoco. Es decir, para que una concesión nazca tiene que ser otorgada por la Administración Pública. Esto podría entenderse de dos maneras como un acto administrativo, o quizás como una figura jurídica capaz de formar un nuevo derecho, a nuestro parecer real en las concesiones de explotación.

AUTOTRANSPORTES, CONCESIONARIOS O PERMISIONARIOS DE. NO SURTEN EFECTOS LOS CONTRATOS POR ELLOS CELEBRADOS EN TANTO NO SE APRUEBE LA CONCESIÓN RESPECTIVA.-

En los términos del artículo 52, fracción I, de la Ley de Vías generales de Comunicación, los concesionarios o permisionarios podrán, con la previa aprobación de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, celebrar todos los contratos directamente relacionados con los objetos de la concesión o permiso, los que no surtirán efectos mientras no se llene el requisito de aprobación.

Amparo en revisión 8562/64.-Federación de Cooperativas de Autotransportes Estrella de Occidente, S. C. L. y Coags.-15 de febrero de 1967.-5 votos- Ponente:Felipe Tena Ramírez.

Seminario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen CXVI. Tercera Parte. Febrero de 1967. Segunda Sala. Pág. 49.

Con este criterio se entiende como elemento de validez el que se otorgue la concesión, es decir los contratos celebrados solo surtirían su valor si la concesión es otorgada.

AUTOTRANSPORTES DE PRIMERA Y SEGUNDA CLASES, SOLO PUEDEN ESTABLECERSE POR CONCESIÓN Y NO POR PERMISO.

Del análisis de los artículos 152 y 153 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, y 195, fracción III, del Reglamento del Capítulo de "Explotación de Caminos" de la propia Ley, se infiere que los servicios públicos de autotransporte de primera y segunda clases, sólo pueden establecerse por una concesión y no por un permiso, resultando ilegales los que llegan a concederse por este medio.

Amparo en revisión 6878/63.-Transportes Compostela, S.A.-29 de junio de 1967.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Seminario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen CXX. Tercera Parte. Junio de 196. Segunda Sala. Pág. 23.

No se pueden crear concesiones por medio de permisos, esto es ilegal y por lo tanto si se crea una resultaría ilegal.

CONDICIONES JURÍDICAS CREADAS POR EL PODER PÚBLICO.-

Las situaciones jurídicas concretas, no se derivan sólo de contratos, pues constantemente se encuentran actos del poder público que dan origen a tales situaciones: así, los decretos del Legislativo otorgando pensiones, concediendo habilitación de edad, etc.; las sentencias de los tribunales declarando derechos a favor de un individuo determinado; los actos del Ejecutivo otorgando permisos administrativos, concediendo condenaciones de impuestos, o eximiendo del pago de éstos, etc., son actos que invisten a los favorecidos con derechos personales, definidos, de realidad indiscutible, oponibles a cualquier particular y aun al Estado. Aunque en la esfera del derecho civil, las situaciones jurídicas concretas derivan de un contrato, no sucede lo mismo tratándose de los actos del poder público, que no puede aceptar la cooperación de la voluntad de los particulares, en el ejercicio de sus facultades constitucionales, y no obstante, por sus actos, crea situaciones jurídicas concretas. Más aún, si no hay un acto oficioso de parte del poder público, incuestionablemente si hay un acto de voluntad de parte del que solicitó la resolución respectiva, y aun en el derecho común, hay contratos perfectos en los que nos se discuten las cláusulas, mediando simplemente proposición, y lisa y llana aceptación. No todo concurso de voluntades significa forzosamente contrato, y por ello se ha recurrido en el derecho administrativo, a las expresiones "contrato-concesión" o "acuerdo-concesión", que implican un acto de soberanía, unido al reconocimiento de un derecho,

o a la atribución de una facultad, juntamente con la existencia de obligaciones recíprocas de carácter público, no es menos cierto que constituyen un derecho determinado a favor de un individuo, que asume voluntariamente una obligación concreta.

Amparo administrativo en revisión 11307/32.-Colegio de Las Vizcaínas o de la Paz.-8 de mayo de 1933.- Unanimidad de cuatro votos.-Relator: Luis M. Calderón.

Quinta Época:

Tomo XXXVII, página 1355. Amparo administrativo en revisión 11478/32.- Escuela Libre de Derecho.- 7 de marzo de 1933.

Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación, Tomo XXXVIII, página 120, Quinta Época.

Este precedente de importancia significativa, al determinar claramente que en materia administrativa no se puede considerar que hubo un contrato, incluso exponiendo lo de la participación de la voluntad del particular. No todo concurso de voluntades significa forzosamente contrato. Pero al final de una manera un poco ambigua, explica que por más unilaterales que sean los actos administrativos, crean un derecho a favor del individuo, y la pregunta sería entonces ¿y de que naturaleza es este?

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL GOBIERNO, NATURALEZA DE LOS.-

Para determinar la naturaleza de los contratos que el poder público celebra con los particulares, debe atenderse a la finalidad que se persiguió al celebrarlos. Cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, se está en presencia de un contrato administrativo; en cambio, cuando el Estado contrata sin compromiso para el cumplimiento de sus atribuciones, el contrato que celebre será de naturaleza civil, y por ende, el derecho común regirá la situación jurídica particular creada por la voluntad de los contratantes, y si en el contrato celebrado entre un particular y el gobierno basándose en su derecho, concurren la voluntad de traspasar y recibir el uso y el goce de un bien raíz por un tiempo determinado, por un precio, y se estipula que se abone una cantidad mensual compensatoria, es incuestionable que se trata de un contrato de arrendamiento de una cosa inmueble, que es de derecho civil, y que por tanto, es regido por la ley civil común, por haber sido celebrado entre un particular y el gobierno, en representación de los derechos patrimoniales de éste, concurriendo la expresada voluntad de los contratantes que creó el vínculo jurídico contractual, así como una contraprestación consistente en el precio del arrendamiento. Por tanto dicho contrato no puede ser de carácter administrativo (contrato concesión), porque no existe materia concesionable, sino lisa, llana y sencillamente, la transmisión del uso o goce de un bien raíz a base de arrendamiento, celebrado por el Estado como arrendador, en uso de la facultad de administrar los bienes particulares de éste.

Amparo administrativo en revisión 1689/50.- Torres García Rafael.-2 de abril de 1951.-Cinco votos.-Ponente: Alfonso Francisco Ramírez.

Quinta Época: Tomo LX, página 2562. Amparo administrativo en revisión 6800/38.-Ocampo Leo-

bardo S.-29 de junio de 1939.-Cinco votos.

Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación, Tomo CVIII, página 17, Quinta Época.

En los actos realizados por el Estado según este criterio encontramos plasmado un principio que antes se consideraba como absoluto en la materia del derecho administrativo. Que era sobre la doble personalidad del Estado, pero hoy en día esto va perdiendo cada vez más fuerza. Hasta que las últimas reformas lo han vuelto inaplicable.

Conclusiones.

En la concesión de explotación sólo se producen relaciones entre el Estado y el concesionario, en tanto que en la de servicio público existe un tercer elemento, los usuarios del servicio. Tal diferencia proviene de la diversidad de objetos de cada una de las dos clases de concesión, puesto que una limita a autorizar la explotación de una riqueza pública y la otra la instalación y gestión de un servicio público.²⁴

Después de realizar un análisis a través de las diferentes teorías hemos llegado a la conclusión de que la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos y la de explotación de bienes de dominio público tienen naturalezas jurídicas diferentes.

Que el derecho que otorgas la concesión no esta establecido en interés exclusivo del beneficiario es fácil e inmediatamente perceptible si se tiene en cuenta que la propiedad del Estado sobre los bienes concesionados, que la llamada nacionalización de tales bienes ha obedecido a la importancia que tiene para la vida económica del país la explotación efectiva de esos bienes los cual sólo puede lograrse evitando que un régimen de propiedad privada deje al arbitrio del propietario tal explotación. En tales condiciones, sólo la intervención del Estado puede ser una garantía de que la explotación se lleve a cabo en las mejores condiciones y con el mayor rendimiento que exigen los intereses colectivos.²⁵

Existe una función social en la concesión de servicios públicos, la cual es la de realizar un servicio que debería estar en manos del Estado, pero que por falta de elementos para la inversión lo realiza un particular, no podemos hablar de que exista un contrato, por que en este caso, puede quedar al arbitrio de una de las partes (Estado) rompiendo un principio fundamental de la Teoría General de las Obligaciones. A nuestro parecer estamos ante un acto administrativo que crea una situación de derecho nueva, y que por lo tanto se tiene un marco normativo especial.

En la Concesión de explotación de servicios de dominio público, tenemos que sea crea un régimen jurídico especial, el concesionario si tiene un derecho de naturaleza real, en contra de la opinión de Gabino Fraga y de la Ley General de Bienes Nacionales, y de la misma Constitución. La naturaleza real de este derecho proviene de la propiedad originaria de la nación, la cual es de carácter real. Además de existir un dominio con semejanzas al que se tiene en el usufructo, además de existir una

²⁴ Gabino Fraga, op. cit., p. 368.

²⁵ Gabino Fraga, op. cit., p. 369.

regulación como la Ley de Minería que podríamos entender que se trata de un derecho real.

Tratando de determinar la naturaleza jurídica de los efectos producidos por el acto de concesión, encontramos que en nuestro medio jurídico se ha sostenido que la concesión produce dos clases de situaciones jurídicas: unas entre el concesionario y el Poder público, que son las que ya antes dejamos estudiadas y las cuales se rigen exclusivamente por disposiciones de derecho administrativo; otras, entre el concesionario respecto a particulares ajenos a la concesión, en virtud de que esta constituye un bien patrimonial, susceptible de diversos contratos y de ser transmitido a los herederos, y que desde ese punto de vista la concesión es un bien de derecho civil, y que tanto éste como las relaciones que con motivo de él se originan, se rigen por la legislación civil ordinaria o común que corresponda²⁶.

Clasificación en tres géneros y sus derivaciones sobre la naturaleza jurídica de la concesión.²⁷

a) Teorías UNILATERALES.

- 1.- La concesión como acto administrativo unilateral, pero sin que nazcan derechos en favor del concesionario.
- 2.- La concesión como acto administrativo unilateral, pero naciendo derechos en favor del concesionario.
- 3.- La concesión como resultado de dos actos unilaterales.

b) Teorías CONTRACTUALES.

- 4.- La concesión como contrato de derecho privado.
- 5.- La concesión como contrato de derecho público.
- 6.- La concesión como contrato de derecho mixto.

c) Teorías MIXTAS.

- 7.- La concesión como acto administrativo y contrato de derecho privado, ambos a la vez.
- 8.- La concesión como acto administrativo y contrato de derecho público, ambos a la vez.

²⁶ Gabino Fraga, op.cit., p. 371.

²⁷ Bautista Fernández Arturo, La Concesión del Servicio Público de Transporte Aéreo Nacional (México: Escuela Libre de Derecho; 1996), p. 34.

La inconstitucionalidad del artículo 12 de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y su trascendencia en el proceso penal federal.

José Daniel Vázquez Millán

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho y es Consejero Editorial de Pandecta

"MAQUIAVELO

...

Al día siguiente de promulgada mi constitución, dictaré una sucesión de decretos que tendrán fuerza de ley, y que suprimirán de un solo golpe las libertades y los derechos cuyo ejercicio fuese peligroso."

Maurice Joly, Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu, México, Editorial Colofón S. A., 1999, p.96.

"Por esta razón, lo primero que deba hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente."

Tena Ramírez Felipe, Leyes Fundamentales de México, 1808-1999, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 749.

A mi hija Natalia Vázquez

Introducción

Una de las principales ideas del constituyente de 1917 fue la de dejar fuera del alcance de las autoridades constituidas la regulación de los derechos fundamentales del gobernado y por ello estableció en el primer artículo de la Constitución que las garantías individuales sólo podrían ser suspendidas o restringidas en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

A pesar de lo anterior, existen muchos actos de autoridades constituidas tanto legislativas, administrativas como jurisdiccionales que restringen los derechos fundamentales, fuera de los casos y condiciones que la Constitución establece¹.

Un ejemplo de ello es el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que al prever la figura del arraigo permite a una autoridad jurisdiccional a petición del Ministerio Público restringir la libertad de un gobernado fuera de los casos y condiciones que la Constitución establece.

¹ Ejemplos de esta afirmación podrán encontrarlos en artículos que he escrito en otros número de esta Revista: "La Inconstitucionalidad del Código Civil Federal", "Reformas y aparentes reformas a la Constitución", "¿Existe un constituyente permanente?", "La función legislativa local en el Distrito Federal", "La inconstitucionalidad de la jurisprudencia", la "Facultad del Congreso de la Unión para interpretar leyes y decretos", y "La inconstitucionalidad de la flagrancia equiparada".

Al tratarse de una ley heteroaplicativa, el gobernado puede alegar la inconstitucionalidad del artículo 12 con motivo de su primer acto de aplicación, por violación a las garantías de legalidad en materia legislativa, seguridad jurídica y libertad.

Lo anterior tiene efectos prácticos importantes en el proceso penal federal, como por ejemplo en el caso de que el Ministerio Público consigne y la autoridad jurisdiccional dicte un auto de libertad por falta de elementos para procesar, el Ministerio Público ya no podría solicitar nuevamente que ese gobernado sea privado de su libertad mediante el arraigo para continuar con la averiguación previa, pues una resolución que declare la inconstitucionalidad de dicho precepto tiene como consecuencia que ya no pueda ser aplicado a la persona que lo impugnó ni en el caso concreto ni en el futuro.

Otro ejemplo es que las declaraciones que haya efectuado durante el tiempo que estuvo privado de su libertad durante el arraigo sean nulas y no puedan ser valoradas en su contra en ninguna fase, pues al declararse inconstitucional el artículo 12 que daba sustento jurídico al acto restrictivo de la libertad de un gobernado en el caso concreto deja de tenerlo, convirtiéndose la restricción en ilegal.

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, si un gobernado es privado de su libertad ilegalmente se presume que estuvo incomunicado y las declaraciones que haya efectuado son nulas.

Estas breves líneas tienen como objeto llamar la atención respecto a la necesidad de analizar los actos de las autoridades constituidas a la luz de la Constitución, pues existen más actos inconstitucionales que vulneran los derechos fundamentales del gobernado y que sólo al cuestionar al grupo gobernante y exigirles que los respeten, podremos evitar que cada día cometan menos arbitrariedades.

Derechos fundamentales que vulnera el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1º de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades constituidas ya sean legislativas, administrativas o jurisdiccionales, sólo pueden suspender o restringir mi libertad en los casos y con las condiciones que la misma Constitución establece.

El artículo 1º mencionado textualmente establece:

"Artículo 1.- En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, la cuales no podrán restringirse o suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece..."

Este artículo es parecido al artículo 1 del proyecto de constitución presentado por Venustiano Carranza, que con algunas modificaciones fue aprobado por el Congreso Constituyente.

Del mensaje y Proyecto de Constitución creado por primer Jefe Venustiano Carranza, de fecha 1 de diciembre de 1916 se desprenden algunos principios para interpretar la ratio legis del artículo 1 constitucional:

1.- El primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección otorgada

a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre. Así lo mencionó en el duodécimo párrafo de su Mensaje ante el Constituyente de 1916:

"Siendo el objeto de todo gobierno el amparo y protección del individuo, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social, es incuestionable que el primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre."²

2.- Los derechos de la sociedad deben quedar fuera del alcance del Estado. Así lo mencionó en el decimotercer párrafo del citado documento:

"La constitución de un pueblo, no debe procurar, si es que ha de tener vitalidad que le asegura larga duración, poner límites ratificales entre el Estado y el individuo...sino que debe buscar que la autoridad que el pueblo concede a sus representantes, dado que a él no le es posible ejercerla directamente, no pueda convertirse en contra de la sociedad que la establece, cuyos derechos deben quedar fuera de su alcance..."³

3.- Lo primero que deba hacer la Constitución es garantizar, de la manera más amplia y completa, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro. Así lo mencionó en el decimosexto párrafo del citado documento:

"Por esta razón, lo primero que deba hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente"⁴.

4.- El número de atentados contra la libertad y sus diversas manifestaciones, es sorprendente y sin embargo de la generalidad del mal y de los trastornos que constantemente ocasionaba, la autoridad judicial de la Federación no hizo esfuerzos para reprimirlo, ni muchos menos para castigarlo. Así lo mencionó en el decimooctavo párrafo del citado documento:

"El número de atentados contra la libertad y sus diversas manifestaciones, durante el periodo en que la Constitución de 1347 ha estado en vigor, es sorprendente; todos los días ha habido quejas contra los abusos y excesos de la autoridad, de uno a otro extremo de la república; y sin embargo de la generalidad del mal y de los trastornos

² Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1999*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 748.

³ *Ibidem*, pp. 748 y 749.

⁴ *Ibidem*, p. 749

que constantemente ocasionaba, la autoridad judicial de la Federación no hizo esfuerzos para reprimirlo, ni muchos menos para castigarlo⁵."

En la 8ª sesión ordinaria celebrada en la mañana del lunes 11 de diciembre de 1916, al ser leído el dictamen referente al artículo 1 de la Constitución, fue resaltado como principio que deriva del artículo 1 constitucional el siguiente: no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a los derechos constitucionales, sino con arreglo a la misma constitución

"Artículo 1.- Ciudadanos diputados:

Comenzando el estudio del proyecto de Constitución presentado por la Primera Jefatura, la Comisión es de parecer que debe aprobarse el artículo 1º, que contiene dos de los principios capitales cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre y que por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República. El segundo, es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma constitución.⁶"

De todo lo anterior se desprende el siguiente principio constitucional: las autoridades constituidas no pueden suspender ni restringir las garantías que otorga la constitución sino en los casos y con las condiciones expresamente establecidas en la propia constitución.

En este sentido, al ser la figura del arraigo una restricción a la libertad que no se encuentra expresamente prevista en la Constitución, su existencia en el artículo 12 de la Ley en estudio es contraria a la constitución y violatoria de las garantías individuales del gobernado.

En este sentido el derecho fundamental a la libertad, puede ser suspendido sólo en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, de conformidad con el artículo 29 constitucional y puede ser restringido sólo en las hipótesis previstas por los artículos 11, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estando las autoridades constituidas impedidas para restringirlas o suspenderlas fuera de estos casos.

El artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece lo siguiente:

"Artículo 12.- El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado par-

⁵ Ibidem, p. 750.

⁶ H. Cámara de Diputados al Congreso de la Unión, I Legislatura, Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones, México, Manuel Porrúa, S. A., Librería, tomo III, 1978, p. 22.

ticipe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo". Como podrá observarse, el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es inconstitucional al conceder facultades a una autoridad constituida, en el caso la judicial, para restringir la libertad mediante la figura del arraigo y obligar a un gobernado a permanecer en el lugar, de la forma, durante el tiempo y con los medios de realización señalados por el Ministerio Público, con la finalidad de que éste integre la averiguación previa correspondiente, excediendo el plazo de 48 horas o su duplicidad (por tratarse de delincuencia organizada), que establece el artículo 16, sin que exista una resolución que determine una responsabilidad civil o criminal, como lo ordena el artículo 11, ni un juicio previo, de conformidad con el artículo 14, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 12 de la Ley citada viola la garantía de libertad de tránsito, prevista en el artículo 11 constitucional, toda vez que faculta al Juez para decretar el arraigo, obligando a los gobernados a permanecer en el Centro de Arraigo de la Procuraduría General de la República, con la finalidad de que el Ministerio Público integre la averiguación previa correspondiente, sin que exista una resolución que determine una responsabilidad civil o criminal.

Ello es así, puesto que dicho precepto constitucional otorga a los gobernados el derecho a entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes, y faculta a la autoridad judicial para restringirlo únicamente si existe una responsabilidad criminal o civil⁷.

El artículo 11 constitucional establece:

"Artículo 11.- Todo hombre tiene derecho a entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país."

De acuerdo con lo anterior, un juez no está facultado para restringir la libertad de tránsito de los gobernados, en tanto el Ministerio Público integra la averiguación previa correspondiente, aplicando el artículo 12 de la Ley citada, toda vez que no se actualiza el supuesto previsto por el artículo 11 constitucional, hasta en tanto no exista una responsabilidad penal de los delitos que se le imputen a un gobernado.

En consecuencia, el artículo 12 de la ley secundaria citada, es violatorio de la garantía de libertad de tránsito prevista en el artículo 11 constitucional, toda vez que faculta al juzgador para restringir la libertad de tránsito fuera de los dos únicos casos que prevé dicho precepto (en caso de responsabilidad criminal o civil), al obligar a los gobernados a permanecer en el Centro de Arrai-

⁷ Existen dos posturas de interpretación en este punto: una que sostiene que al mencionar responsabilidad civil o penal comprende antes y después de que se haya declarado dicha responsabilidad y otra que considera que sólo se refiere al momento en que ya se ha declarado la responsabilidad.

go de la Procuraduría General de la República y a disposición del Ministerio Público para que éste integre la averiguación previa.

Es decir, la finalidad que persigue el artículo 12 citado, únicamente consiste en que el Ministerio Público integre una averiguación previa, y por consiguiente, la restricción de la libertad no deriva de alguna de una sentencia que determine la responsabilidad civil o criminal, que son los dos únicos casos para que una autoridad esté facultada para restringir, de manera excepcional, la libertad.

El artículo 14 constitucional establece que las autoridades constituidas sólo pueden privar de la libertad a un gobernado, mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho⁸.

En este sentido, el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, violan la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 14 constitucional, toda vez que permite a la autoridad judicial privar al gobernado de su libertad mediante una orden de arraigo, obligándolos a permanecer en el Centro de Arraigo de la Procuraduría General de la República sin que exista un juicio previo seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

De acuerdo con el artículo 16 constitucional, el gobernado no puede ser molestado en su persona, *sino en virtud de un mandamiento escrito, de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

La Constitución faculta a las autoridades para restringir la libertad mediante un acto de molestia, sólo en los siguientes tres supuestos:

a) Tratándose de *órdenes de aprehensión* mediante mandamiento escrito fundado y motivado, dictado por una autoridad judicial cuando preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Con relación al tiempo, la Constitución ordena que la autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez *sin dilación alguna* y bajo su más estricta responsabilidad.

b) Tratándose de *casos urgentes*, sólo el Ministerio está facultado, bajo su responsabilidad, para ordenar la detención del indiciado, siempre y cuando se trate de delito grave así calificado por la ley, ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar y circunstancia y fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

Asimismo, también la constitución establece que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público *por más de cuarenta y ocho horas*, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

8 De acuerdo con la distinción efectuada por Poder Judicial de la Federación entre los actos de molestia y los actos privativos, no existiría una violación al artículo 14 de la Constitución al no tratarse de un acto privativo sino de molestia. Sin embargo, dicha clasificación es cuestionable y será materia de análisis en otra ocasión.

c) En caso de *delito flagrante*, cualquier persona puede detener al indiciado.

El artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada faculta a la autoridad judicial para restringir la libertad personal y de tránsito, mediante el arraigo, con la finalidad de que el Ministerio Público integre la averiguación previa correspondiente, excediendo del plazo de 48 horas o su duplicidad (por tratarse de delincuencia organizada), que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, por más tiempo del que establece el artículo 16 constitucional y fuera de los casos y condiciones que prevé el aludido precepto.

En consecuencia de lo anterior, el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es inconstitucional y puede ser impugnado.

Trascendencia en el proceso penal federal

Existen dos consecuencias prácticas importantes que pueden ser utilizadas en la defensa de un gobernado: la imposibilidad de ser arraigado nuevamente para continuar la averiguación previa si el Ministerio Público consigna y el juez dicta un auto de libertad por falta de elementos para procesar y la nulidad de su declaración.

En primer lugar, tal y como está regulado el artículo 12 de la ley en estudio, en el caso de que Juez dicte a favor de un gobernado un auto de libertad por falta de elementos para procesar el Ministerio Público puede solicitar nuevamente el arraigo del gobernado para seguir con la averiguación previa, continuando así privado de su libertad.

Pero si el gobernado obtiene una resolución a su favor que declare la inconstitucionalidad del artículo 12 es mención, ya no podría ser nuevamente arraigado pues el efecto de la sentencia de amparo es protegerlo en el presente y futuro.

Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Común, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis: P./J. 112/99, Página: 19

AMPARO CONTRA LEYES. SUS EFECTOS SON LOS DE PROTEGER AL QUEJOSO CONTRA SU APLICACIÓN PRESENTE Y FUTURA. El principio de relatividad de los efectos de la sentencia de amparo establecido en los artículos 107, fracción II, constitucional y 76 de la Ley de Amparo, debe interpretarse en el sentido de que la sentencia que otorgue el amparo tiene un alcance relativo en la medida en que sólo se limitará a proteger al quejoso que haya promovido el juicio de amparo. Sin embargo, este principio no puede entenderse al grado de considerar que una sentencia que otorgue el amparo contra una ley sólo protegerá al quejoso respecto del acto de aplicación que de la misma se haya reclamado en el juicio, pues ello atentaría contra la naturaleza y finalidad del amparo contra leyes. Los efectos de una sentencia que otorgue el amparo al quejoso contra una ley que fue señalada como acto reclamado son los de protegerlo no sólo contra actos de aplicación que también haya impugnado, ya que la declaración de amparo tiene consecuencias jurídicas en relación con los actos de aplicación futuros, lo que significa que la ley ya no po-

drá válidamente ser aplicada al peticionario de garantías que obtuvo la protección constitucional que solicitó, pues su aplicación por parte de la autoridad implicaría la violación a la sentencia de amparo que declaró la inconstitucionalidad de la ley respectiva en relación con el quejoso; por el contrario, si el amparo le fuera negado por estimarse que la ley es constitucional, sólo podría combatir los futuros actos de aplicación de la misma por los vicios propios de que adolecieran. El principio de relatividad que sólo se limita a proteger al quejoso, deriva de la interpretación relacionada de diversas disposiciones de la Ley de Amparo como son los artículos 11 y 116, fracción III, que permiten concluir que en un amparo contra leyes, el Congreso de la Unión tiene el carácter de autoridad responsable y la ley impugnada constituye en sí el acto reclamado, por lo que la sentencia que se pronuncie debe resolver sobre la constitucionalidad de este acto en sí mismo considerado; asimismo, los artículos 76 bis, fracción I, y 156, que expresamente hablan de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y, finalmente, el artículo 22, fracción I, conforme al cual una ley puede ser impugnada en amparo como autoaplicativa si desde que entra en vigor ocasiona perjuicios al particular, lo que permite concluir que al no existir en esta hipótesis acto concreto de aplicación de la ley reclamada, la declaración de inconstitucionalidad que en su caso proceda, se refiere a la ley en sí misma considerada, con los mismos efectos antes precisados que impiden válidamente su aplicación futura en perjuicio del quejoso. Consecuentemente, los efectos de una sentencia que otorga la protección constitucional al peticionario de garantías en un juicio de amparo contra leyes, de acuerdo con el principio de relatividad, son los de proteger exclusivamente al quejoso, pero no sólo contra el acto de aplicación con motivo del cual se haya reclamado la ley, si se impugnó como heteroaplicativa, sino también como en las leyes autoaplicativas, la de ampararlo para que esa ley no le sea aplicada válidamente al particular en el futuro.

Amparo en revisión 3912/86. Vidriera Los Reyes, S.A. 23 de febrero de 1989. Mayoría de catorce votos. Ausente: Ángel Suárez Torres. Disidentes: Noé Castañón León, Manuel Gutiérrez de Velasco, Atanasio González Martínez, Fausta Moreno Flores y Carlos del Río Rodríguez. Impedimento legal: Salvador Rocha Díaz. Ponente: Ulises Schmill Ordóñez. Secretaria: Martha Moyao Núñez.

Amparo en revisión 4823/87. Hako Mexicana, S.A. 28 de febrero de 1989. Mayoría de catorce votos. Ausente: Manuel Gutiérrez de Velasco. Disidentes: Noé Castañón León, Atanasio González Martínez, Fausta Moreno Flores, Ángel Suárez Torres y Carlos del Río Rodríguez. Impedimento legal: Salvador Rocha Díaz. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 1897/95. Calixto Villamar Jiménez. 13 de abril de 1999. Mayoría de ocho votos; unanimidad de once votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: Juan Díaz Romero. Encargado del engrose: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 1404/95. Carlos Alberto Hernández Pineda. 13 de abril de 1999. Mayoría de ocho votos; unanimidad de once votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Po-

nente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Francisco de Jesús Arreola Chávez.

Amparo en revisión 6/97. María Isabel Díaz Ulloa. 13 de abril de 1999. Mayoría de ocho votos; unanimidad de once votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Guadalupe M. Ortiz Blanco.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de octubre en curso, aprobó, con el número 112/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

En segundo lugar, el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que en el caso de que la detención de una persona exceda los plazos señalados por el artículo 16 de la Constitución, se presumirá que estuvo incomunicada y las declaraciones que haya emitido no tendrán validez.

En el caso de que el gobernado obtenga una sentencia a su favor que declare la inconstitucionalidad del artículo 12 citado, la orden de arraigo que restringe su libertad por mas tiempo y fuera de los casos señalados en el artículo 16 constitucional quedaría sin fundamento y sería inconstitucional. En este sentido, existiría una presunción a su favor en el sentido de que estuvo incomunicado y las declaraciones que haya efectuado no tendrían validez y no deberían ser utilizadas en su contra.

Comentarios finales

Una vez más las autoridades constituidas han violado la constitución en perjuicio del gobernado y la voluntad del constituyente de no dejar al alcance de las autoridades constituidas los derechos fundamentales de los gobernados. Sin embargo, existe la posibilidad de defenderse y anular dichos actos por ser contrarios a la constitución.

La implementación de medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: un deber de los Estados

Karlos Castilla

licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México con estudios de postgrado en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid y en Derechos Humanos y Procesos de Democratización en la Universidad de Chile

1

¿Qué son las medidas cautelares¹?

Las medidas cautelares son los medios idóneos destinados a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo². Es decir, son los procedimientos, recursos y medios previstos en el ordenamiento jurídico, que tienen como fin prevenir o evitar un daño que pudiese ser irreparable.

*Las medidas constituyen, "un medio procesal, orientado a evitar la sucesión o agravación de daños irreparables a las personas"; sus modalidades "dependerán de la circunstancia fáctica o jurídica comprendida dentro del Estado requerido y en atención a las necesidades que imponga la efectiva protección de la víctima"*³

Esta institución procesal, ha sido desarrollada ampliamente en el ámbito del derecho interno de los Estados, sin embargo, su importancia trascendió a la esfera internacional y por este motivo, se consagró en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual ha sido aplicado en varias ocasiones.

Las medidas cautelares en el ámbito internacional tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos, pues en esta materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante (o antes de) la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares, en particular los de carácter regional, se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos.

En el Derecho internacional de los derechos humanos, las medidas cautelares no sólo tienen como fin preservar una relación jurídica, sino también tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, transformándose en una verdadera garantía de carácter preventivo. Por ello, su propó-

1 En el presente trabajo se utiliza el término "Medidas Cautelares" diferenciándolo de "Medidas Provisionales", en razón de la terminología utilizada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues muchos procesalistas, consideran ambos términos como una misma figura jurídica.

2 Cfr. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española de la Lengua.

3 AGUILAR A, Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre derechos Humanos, en Nieto Navia Rafael (ed), La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Rafael Nieto Navia Editor-Organización de Estados Americanos-Unión Europea, 1994, pág. 35.

sito además de su carácter esencialmente preventivo, es proteger efectivamente derechos fundamentales⁴.

Es necesario señalar que estas medidas, se erigen sobre ciertas condiciones: que haya extrema gravedad y urgencia y que se dirijan a evitar daños irreparables a las personas. Lo primero implica la existencia de un riesgo de daño eminentemente grave, que ponga en peligro el pleno goce o ejercicio de un derecho o libertad. *La gravedad del caso no se desprende solamente de la naturaleza mas o menos relevante del bien que se halla en peligro, pues, si así fuera, solo habría lugar a la adopción de medidas cuando aquel fuese la vida, la integridad o la libertad, sino la intensidad del riesgo a que se sujeta el bien tutelado, cualquiera que sea la identidad de éste*⁵.

El segundo requisito, implica que la afectación que pudiera sufrir la persona, no pueda ser restituida, reintegrada o volver a su normalidad después de que tenga verificativo el hecho que la pone en riesgo. *Es decir, la irreparabilidad del daño que se originaría, alude a la imposibilidad de rescatar, preservar o restituir el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada. Hay hipótesis en que es obvia la irreparabilidad del daño como sucede cuándo este consiste en la pérdida de la vida o el menoscabo de la integridad física. En otros supuestos, generalmente relacionados con asuntos patrimoniales, suele existir la posibilidad de reparar el daño causado*⁶.

La irreparabilidad debe ser también entendida, como la imposibilidad de poder ejercer un derecho, en la misma medida que en el momento en que será afectado. Es decir, que se pretenda impedir en el momento oportuno en que se quiere y puede ejercer un derecho el ejercicio de éste, careciendo de sentido que posteriormente se otorgue por haber desaparecido la situación en la que se pretendía ejercer; como puede ocurrir en el caso de la libertad de expresión, asociación, derechos políticos u otros en los que no es tan evidente su irreparabilidad como la vida o la integridad, ni tan sencilla su restitución como en algunos de carácter patrimonial⁷.

Por otra parte, la solicitud de medidas no requiere de la existencia de un caso pendiente ante la Comisión, ni tiene necesariamente que plantearse junto con la denuncia de una violación de los derechos humanos; y por la gravedad y urgencia que las presuponen, pueden resultar procedentes en cualquier momento en que aparezca, de los hechos, que ellas son necesarias para evitar un daño irreparable. Así, las medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son los medios

4 Cfr. Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos del Periódico "La Nación" y del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros.

5 GARCÍA Ramírez Sergio, Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana, pág. 130; en www.bibliojuridica.org del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

6 Ibidem.

7 La Comisión ha otorgado medidas cautelares para proteger no solamente la vida, la integridad física, y la libertad personal de las personas, sino también para evitar la expulsión de una persona que se encuentra legalmente en un Estado parte en la Convención, para garantizar el pleno ejercicio de la libertad de expresión, para establecer el paradero de personas secuestradas por un grupo armado de civiles, para garantizar el libre acceso de una persona a las instancias judiciales del Estado, para garantizar el tratamiento médico en el caso de una persona enferma de SIDA, para permitir la salida del país a una persona a la que se le había anulado el pasaporte, para facilitar asistencia médica a un recluso, para garantizar la libertad de expresión a una persona que había sido despojada del control de una cadena televisiva y de los equipos de una radioemisora de su propiedad, para evitar que se expulsara del país a personas que, no obstante haber nacido en República Dominicana, se les negaba la nacionalidad de dicho país, para garantizar el derecho a recibir educación, para cesar las deportaciones de extranjeros sin las garantías del debido proceso, para permitir el regreso a su país de personas arbitrariamente deportadas como extranjeras, garantizar el ejercicio de los derechos políticos, protección de la propiedad de comunidades indígenas, y preservación de la identidad de una niña separada de sus padres biológicos. En: FAUNDEZ Ledesma Hector, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tercera edición, 2004.

pertinentes en función de un riesgo inminente, que decide la Comisión Interamericana se implementen de manera temporal por los Estados, para prevenir o evitar que se presenten daños irreparables a las personas respecto de los derechos consagrados en la Convención.

2.- El deber de los Estados de implementar las medidas cautelares

En el Preámbulo de la Carta de la Organización de Estados Americanos, se señala que: *"La misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones" y que el "[...] sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"*. Estableciéndose en la misma Carta para tal efecto, como uno de los principios de la Organización que: *Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo*⁸. Y para cumplir con los fines de la Organización, se estableció como un órgano principal, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función primordial, es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos⁹.

Órgano que ve ratificada su competencia, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que la ubica como uno de los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esa Convención¹⁰.

Así, la Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- "a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;*
- b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;*
- c. preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;*
- d. solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;*
- e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;*
- f. actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y*
- g. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos"*¹¹.

Además de lo anterior, los Estados Parte de la Convención Americana, en el artículo 39, la facul-

⁸ Artículo 3, inciso I), Carta de la Organización de los Estados Americanos.

⁹ Artículo 106, Carta de la Organización de los Estados Americanos.

¹⁰ Cfr. Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹ Artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

taron para dictar su propio Reglamento, en el que se detallan y establecen los procedimientos concretos para que ésta pueda cumplir con las funciones derivadas del citado artículo 41.

De esa forma, en los artículos 22 a 68 del Reglamento vigente de la Comisión Interamericana¹², se establece el procedimiento a seguir para tramitar peticiones individuales, **medidas cautelares**, llevar a cabo visitas *in loco*, así como para la presentación de su informe anual y otros informes.

Si bien, cada uno de estos procedimientos tiene su particularidad en beneficio de la promoción y protección de los derechos humanos, las medidas cautelares, son uno de los temas que en fechas recientes ha generado importantes discusiones al argumentarse que éstas carecen de obligatoriedad, por no estar directamente o de manera textual contempladas en la Convención Americana.

Tal señalamiento, a la luz de los fines de cualquier sistema de protección de derechos humanos parece aventurado y poco acertado, en razón de que la tutela internacional de los derechos humanos (tanto como la interna) están destinadas a prevenir las violaciones, y no sólo a reparar sus consecuencias. Quienes sostienen la falta de obligatoriedad de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana, basan su dicho en que el contenido del artículo 63.2 del Pacto de San José, sólo prevé las "medidas provisionales" que dicta la Corte Interamericana, al establecer que:

"En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión"

Si atendiéramos a una interpretación limitada y literal de éste artículo, podríamos estar de acuerdo con quienes afirman que de manera convencional y por tanto vinculatoria, sólo existen las medidas provisionales en el Sistema Interamericano.

Sin embargo, no podemos olvidar que *la Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema*¹³.

El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que "Los tratados deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

"El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo -su efecto útil. Es plenamente aplicable aquí lo que ha dicho la Corte de La Haya.

12 Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, modificado en su 116º período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002 y en su 118º período ordinario de sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003

13 Corte I.D.H., Asunto Viviana Gallardo y Otras, No. 101/81, Serie A, Resolución del 15 de julio de 1981, Decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 16.

Considerando que, en caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deben ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil (Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22, pág. 13).¹⁴

De esta manera, al hacer una interpretación atendiendo al objeto y fin de la Convención Americana para lograr el efecto útil de sus normas y teniendo presente que la existencia de medidas cautelares y precautorias son indispensables para asegurar el derecho e impedir o reducir la violación; la existencia y obligatoriedad de las decisiones de la Comisión Interamericana para la implementación de medidas cautelares, derivan de interpretar de manera conjunta, los siguientes artículos:

Artículo 106 de la Carta de la OEA:

"[...] Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos ..."

Artículo 1.1 Convención Americana:

"Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción ..."

Artículo 33 Convención Americana:

"Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención:

a. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.."

Artículo 39 Convención Americana:

"La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento".

Artículo 41 (b) Convención Americana:

"La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;"

Artículo 18 (b) Estatuto de la CIDH:

"Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:

b. formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;"

¹⁴ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 30.

Artículo 22.2 del Estatuto de la CIDH:

- "1. El presente Estatuto podrá ser modificado por la Asamblea General.*
- 2. La Comisión formulará y adoptará su propio Reglamento de acuerdo con el presente Estatuto".*

Artículo 25 Reglamento de la CIDH:

- "1. En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas.*
- 2. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste, uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría Ejecutiva con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior. Si no fuera posible hacer la consulta dentro de un plazo razonable de acuerdo a las circunstancias, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará a sus miembros.*
- 3. La Comisión podrá solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas cautelares.*
- 4. El otorgamiento de tales medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión".*

Así, el deber de implementar medidas cautelares para lo Estados, deriva en primer lugar en razón de que la "Decisión de implementación", la emite uno de los órganos creado, reconocido y facultado por los mismos Estados en instrumentos de carácter vinculatorio.

En segundo lugar, porque este órgano interamericano derivado de lo anterior, tiene a su vez el deber de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, así como la competencia "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión apruebe...¹⁵

En tercer lugar, porque en "virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana"¹⁶

Los Estados Parte en la Convención deben cumplir, de buena fe, (*pacta sunt servanda*) con todas las disposiciones de la Convención, incluyendo aquellas provisiones relativas a la operación de los dos órganos supervisores del Sistema Interamericano; y, de acuerdo con el objetivo fundamental de la Convención, que es garantizar la protección efectiva de los derechos humanos, los Estados Parte deben abstenerse de incurrir en acciones que vayan en contra del *restitutio in integrum* de los derechos de las supuestas víctimas¹⁷.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C., No. 33, párrafo 81.

¹⁶ Cfr. Idem, párrafo 80.

¹⁷ Corte IDH, Casos James, Briggs, Noel, Garcia y Bethel, Resolución de la Corte de 25 de septiembre de 1999, Serie E, No. 2, Considerando 10.

Además, de que derivado de la segunda obligación asumida por los Estados Partes¹⁸, conforme al citado artículo 1.1, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar las violaciones que se hagan a los derechos reconocidos por la Convención; y ese "deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas [...]"¹⁹ (*resaltado fuera del original*). Finalmente, el deber de cumplimiento deriva de lo establecido en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión, que si bien no es un documento aprobado ni creado por los Estados y que por tanto podría carecer de un vínculo jurídico obligatorio, si es el resultado de la facultad que los Estados le otorgaron a la Comisión para dictar su propio reglamento, y que por tanto, es un documento que los Estados al momento de aprobar la Convención Americana y el Estatuto de la Comisión, estaban dispuestos a cumplir.

La anterior interpretación, se hace con base en lo que establece el propio artículo 39 de la Convención Americana y 22.2 del Estatuto de la CIDH, pues los Estados de haber querido limitar esa facultad reglamentaria que de manera lógica crearía aspectos específicos de aplicación de la Convención, pudieron acotarla o supeditarla a su aprobación, tal y como se dispuso respecto al Estatuto de la Comisión, que posterior a su preparación es sometido a la aprobación de la Asamblea General de la OEA.

Faúndez Ledesma ha concluido al respecto que las competencias generales de la Comisión *proporcionan una base jurídica apropiada para tomar cualquier acción que considere necesaria para velar por que se respeten plenamente los derechos humanos*²⁰. De este modo, la facultad de formular recomendaciones a los gobiernos, contenida en el artículo 41 literal b) de la Convención Americana, sería suficiente para requerir medidas cautelares, incluso si no se adecuan a los parámetros del Reglamento.

La ausencia de una disposición convencional que faculte directamente a los órganos de un sistema de protección para determinar la implementación de medidas cautelares no es exclusiva del Sistema Interamericano. No obstante, en todos se ha buscado la forma de prevenir o evitar, que los derechos fundamentales sean afectados, no sólo mediante interpretaciones amplias atendiendo al fin de los instrumentos de derechos humanos, sino también mediante la creación de disposiciones reglamentarias que permitan su implementación.

Esta necesidad ha determinado que si bien en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales²¹, no se otorgó facultades a la Comisión y a la Corte Europea de Derechos Humanos para solicitar u ordenar medidas precautorias o cautelares, la práctica hizo necesario introducir este instrumento procesal en los Reglamentos de ambos organismos y las mismas se han decretado en varias ocasiones.

El deber de los estados de implementar toda aquella medida que sirva para evitar un daño irrepa-

18 Garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.

19 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párrafo 175.

20 FAUNDEZ Ledesma, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos -Aspectos Institucionales y Procesales-, Segunda Edición, IIDH, San José, 1999.

21 Suscrita en la ciudad de Roma en 1950 y que entró en vigor en 1953.

rable no debe ser en realidad tema de discusión, ya que es tanto como negar el objetivo y fin que se busca con la existencia de los convenios de derechos humanos, pues al final, cualquiera de nosotros (incluidos los que ejercen el poder en los Estados) puede estar bajo un riesgo inminente de afectación en sus derechos fundamentales.

3.-¿Cómo mejorar su implementación?

La discusión y principal oposición de los Estados, consideramos que se centra en el procedimiento de determinación, mandato de implementación, criterios de aceptación y temporalidad de las medidas cautelares, más que en la esencia misma de éstas. Pues si bien en cientos de casos, las medidas cautelares han sido utilizadas para salvar vidas, no menos cierto es, que en algunos casos, han sido utilizadas para llamar la atención de asuntos que jurídicamente podrían haberse resuelto a nivel interno.

Esta inconformidad de los Estados, ha quedado claramente manifestada en nuestro continente, sólo por citar algunos ejemplos, mediante la Resolución AG/RES.1701(XXX-O/00) "Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento", de la Asamblea General de la OEA en la que se resolvió²²:

6. Recomendar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, atendiendo su solicitud de recibir ideas y sugerencias sobre el proceso de reforma y en el marco de las normas que regulan sus competencias y de su autonomía reglamentaria establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos en lo que se refiere a los procedimientos seguidos en la tramitación de casos individuales, considere la posibilidad de:

e) Establecer los criterios mínimos necesarios que deberían ser acreditados por un peticionario a efecto de que la CIDH solicite a un Estado la adopción de medidas cautelares, teniendo en cuenta las circunstancias y características del caso.

O bien, en el informe del Presidente del Consejo Permanente de la OEA, respecto al "Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos", celebrado entre 1999 y 2000, en el que los Estados entre otras cosas manifestaron:

3. El intercambio de puntos de vista entre los Estados ha dado lugar a una serie de planteamientos que, de manera resumida, se reproducen a continuación²³.

a) Tramitación de las peticiones: aspectos generales.

iv) Sólo la Comisión, o su Presidente cuando no está reunida, puede solicitar la adopción de medidas cautelares. Quizás la Comisión desee consultar previamente al Estado y obtener mayor información. (Canadá)

vii) Ninguna disposición de la Convención o del Estatuto de la Comisión facultan a la Comisión a hacer públicas las medidas cautelares tramitadas ...

b) Admisibilidad.

²² <http://www.oas.org/Assembly2001/assembly/docsaprovados/AGres1701.htm>

²³ Algunas delegaciones han solicitado la circulación de los comentarios que remitieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la redacción de su nuevo Reglamento. Tal es el caso de Bolivia, cuyos comentarios figuran en el documento CP/CAJP-1591/99 y de Argentina que figuran en el documento CP/CAJP-1610/00.

vii) La Comisión debe acortar los plazos para rendir sus decisiones en materia de admisibilidad, especialmente en presencia de solicitudes de medidas cautelares. La experiencia del Comité de Derechos Humanos puede servir para este propósito.

Si bien, después de esta Resolución y Diálogo, la Comisión Interamericana al reformar su Reglamento, clarifica en el nuevo las normas sobre medidas cautelares, a la luz de la práctica vigente, en interés de la mejor protección de los derechos fundamentales de las personas y de la seguridad jurídica de las partes, aún es necesario precisar algunos aspectos, a fin de lograr la menor oposición de los Estados.

En ese sentido, consideramos que para mejorar la implementación de las medidas cautelares aún se necesita establecer:

a) Criterios reglamentarios (amplios) sobre gravedad y urgencia.

Es un aspecto de difícil determinación, ya que no se podría (debe) establecer un catálogo estricto de supuestos de gravedad y/o urgencia, pero si se podrían establecer elementos amplios en los que es necesaria la intervención de un órgano internacional, ante la ausencia de acciones a nivel interno.

Estos criterios también servirían para determinar la conveniencia de continuar con las medidas, ya que muchas veces las mismas se prolongan en el tiempo incluso cuando la situación de gravedad ha dejado de existir.

b) El plazo en que se debe decidir si se otorgan o no, así como la vigencia que pueden tener, considerándose para no afectar casos en particular un plazo máximo y mínimo para su consideración. Lo anterior, porque se han observado casos en los que la "gravedad y urgencia" desaparecen al no determinarse inmediatamente las medidas. Habiendo casos en los que se solicitan las medidas, se remite información y pasan más de 3 meses sin que se determinen o al menos se señale cuál es su estado.

c) Como requisito paralelo para la solicitud de medidas ante la CIDH, la presentación de denuncia o recurso (de existir) ante la autoridad interna competente, que busque salvaguardar el derecho en peligro.

Lo que no implica esperar a que se agote la investigación y/o tramitación de un recurso, sino, un medio de asegurar que los supuestos hechos de gravedad y urgencia serán investigados por las autoridades jurisdicciones internas y que la solicitud de medidas no será usada sólo como un medio para llamar la atención en un asunto, sino que, existen elementos fácticos y jurídicos para actuar y prevenir.

d) Por lo que hace a las medidas que han sido otorgadas, sería útil establecer parámetros de verificación sobre la continuidad de la gravedad y urgencia; así como señalarse lo que procede una vez que ha vencido el plazo por el que fueron establecidas.

En tal sentido se propone que una vez que se haya cumplido el plazo fijado, en todos los casos deberá informarse si se darán por terminadas o si se prorrogarán las medidas, debiendo en ambos supuestos notificarse a las partes para dar plena certeza de su estado.

e) La decisión de implementación de medidas por parte de la CIDH, además del término que se

tiene para implementar las medidas, sería muy útil que estableciera algunos aspectos enunciativos de lo que implica la protección de los derechos que se están buscando salvaguardar.

Lo anterior, por una parte, para evitar que los Estados eludan su responsabilidad e implementen acciones carentes de sentido para el fin que se busca; y por otro lado, para que los peticionarios no soliciten medios que más que salvaguarda, son lujos innecesarios.

f) En casos distintos a la protección de la integridad y la vida, la CIDH debe ser lo suficientemente cuidadosa de medir los alcances o efectos para los cuales dicta las medidas. Pues en derechos diferentes a los citados, como bien pueden serlo los derechos políticos, los Estados no siempre podrán cumplir prima facie con la decisión de la Comisión, en razón de imposibilidades materiales que se presentarían al alterar todo un sistema electoral preestablecido. Situación que también puede presentarse en otro tipo de derechos.

Pero sin duda, lo mejor para la implementación de las medidas es que los Estados realicen sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el principio de buena fe; y que los peticionarios, las utilicen para el fin que tienen y no sólo para politizar asuntos que jurídicamente podrían ser resueltos.

La eficacia de las medidas, dependerá de la mayor o menor disposición del Estado denunciado para cumplir de buena fe con las obligaciones que ha asumido en el marco de la Convención; además, en caso de que esas medidas sean acatadas, no siempre será fácil determinar si el resultado alcanzado se debió precisamente a la adopción de medidas cautelares por parte de la Comisión, o a otro factor, de índole política, o de otro tipo²⁴

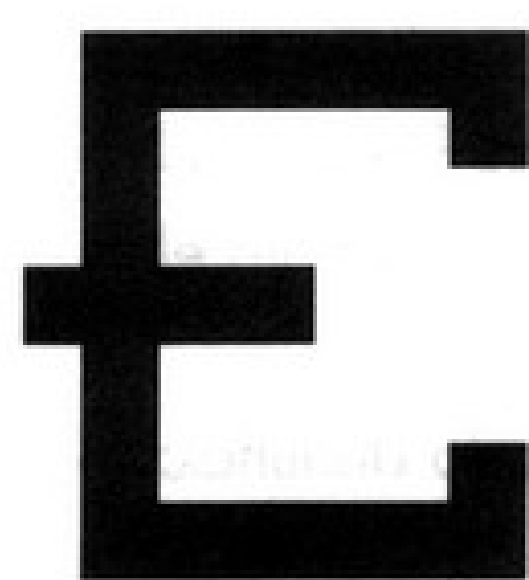
24 Cfr. FAUNDEZ Ledesma Hector, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tercera edición, 2004, Pág. 388.

Los derechos de los niños en las intervenciones de mediación familiar.

Celia Blanco Escandón

Coordinadora de Posgrado del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (UIA), Ciudad de México.

Profesora titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Iberoamericana. Profesora Titular Externa de Derecho Penal del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Correo electrónico: celia.blanco@uia.mx



El presente artículo aborda el problema de los derechos del niño en la mediación familiar mismo que reconduce al tema de los derechos humanos de todos y cada uno de los miembros de la familia. Analiza los problemas éticos y de valores que están presentes en toda intervención de mediación familiar y estudia la vigencia y viabilidad de criterios y paradigmas jurídicos que se desprenden de la Convención sobre Derechos del Niño en el contexto de los sistemas de mediación.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos; Derechos del Niño; Medios Alternos de Resolución de Controversias; Mediación Familiar; Derecho Familiar

I. Introducción

Dentro de las nuevas políticas públicas de justicia, se han asumido los sistemas alternativos de resolución de conflictos como instituciones que se constituyen en instancias adecuadas para que las personas involucradas en disputas o conflictos jurídicos lleguen a acuerdos cooperativos. Es así, que a partir de la reciente y paulatina incorporación en México y en otros países latinoamericanos de la mediación como uno de los medios alternos de resolución de controversias surge la necesidad de revisar y de plantear nuevas temáticas y problemas - jurídicos, psicológicos, sociales, de bienestar, de respeto a la dignidad, de protección a los derechos humanos - derivados de la práctica misma de la mediación en general, y de la mediación familiar en lo particular. Uno de esos temas se refiere a la participación de los menores de edad en la mediación, más concretamente, a las condiciones de su participación en los procesos y a la salvaguarda de los derechos del niño en el contexto de la mediación familiar.

La mediación es un mecanismo alternativo al sistema de administración de justicia convencional, que procura la resolución de conflictos mediante la negociación y el acuerdo consensuado entre los involucrados. La mediación familiar se refiere al proceso dialógico, no adversarial, que busca consolidar y establecer modos de organización familiar que faciliten la satisfacción de sus necesidades, derechos, obligaciones y relaciones interpersonales que surgen a partir de la separación de

la pareja o en circunstancias en que esta no está o no ha estado unida¹. La mediación familiar incluye diversas facetas de crisis familiares y consiste en promover acciones para intentar solucionar problemas de convivencia al interior de las familias, o de resolver cuestiones de derechos, obligaciones y de necesidades después de o en el desarrollo de una separación o un divorcio, e incluso, al intentar la reconciliación del o los grupos familiares. En este sentido, nos atrevemos a afirmar que el problema de los derechos de la infancia en la mediación familiar nos conduce irremediablemente a una esfera más amplia y general de los derechos del niño en la familia y de los derechos humanos de todos y cada uno de los miembros de las familias dentro de las relaciones y sistemas familiares. Es precisamente en este marco que la situación de los niños en los procedimientos de mediación adquiere relevancia; cuando los padres actúan procurando generar arreglos mutuamente validados para enfrentar y superar la crisis surgen situaciones que implican para las familias con menores de edad, un elevado riesgo de conductas que pudieran atentar contra la protección de los mismos.

Resulta necesario revisar también los problemas éticos y de valores que están presentes en toda intervención de mediación, y más aún, en la mediación familiar. Es indudable que cualquier diligencia de este tipo esta sustentada en valores y en premisas ideológicas tales como el creer en el diálogo, en la colaboración de las personas, en la dimensión positiva del ser humano, en la buena fe, en la posibilidad y disposición hacia el crecimiento de las personas y en la responsabilidad y la protección del bienestar de los más débiles y carentes, entre otras. Sin embargo, lo anterior no impide el contemplar ciertos paradigmas jurídicos que se adecuan perfectamente a las hipótesis expuestas como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989 y que desde el punto de vista del derecho internacional, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 de conformidad con su artículo 49.

Sin que sea el propósito de esta disertación conformar una argumentación jurídica a favor del fundamento de validez de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho mexicano ni en el de otros países de la región, y mucho menos el reducir dicho fundamento al hecho, significativo por lo demás, de su promulgación y publicación como norma positiva y obligatoria, vale la pena dejar establecido que la Convención es norma jurídica vinculante para los Estados que la han adoptado y también para los particulares en dichos países que se encuadren bajo sus supuestos normativos.

II. La Convención sobre los Derechos del Niño

Un antecedente de la Convención lo constituye sin duda la Declaración Universal de los Derechos del Niño, adoptada en 1959, que establece líneas fundamentales sobre la niñez y criterios de protección para los menores que dejaron huella en la conciencia jurídica universal.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que reconoce los derechos

¹ Véase, Marlow, Lenard. *Mediación familiar: una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*. Editorial Granica, Barcelona, 1999.

humanos de los niños y las niñas². En 41 artículos de fondo, establece en forma de norma internacional que los Estados Partes deben asegurar que todos los menores de edad se beneficien de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación, la recreación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidad integral; crezcan en un ambiente amable de cariño y comprensión; y reciban información sobre sus derechos. Las normas que aparecen en la Convención sobre los Derechos del Niño fueron negociadas durante un periodo de diez años por gobiernos, organizaciones no gubernamentales, promotores de los derechos humanos, juristas, especialistas de la salud, trabajadores sociales, maestros y educadores, psicólogos, médicos, expertos en el desarrollo del niño y dirigentes religiosos de diversas partes del mundo, y es considerado el documento jurídico más completo y de mayor alcance en cuanto al reconocimiento y la protección de los derechos humanos de los niños.

La Convención sobre los Derechos del Niño dirige su fuerza hacia la promoción de la personalidad integral del niño reconociéndolo como individuo y como miembro de una familia con derechos y responsabilidades adecuados a su edad y desarrollo. Tanto en el preámbulo como en sus numerales 5, 10 y 18, la Convención sobre los Derechos del Niño menciona reiteradamente a la familia al tiempo que subraya y define su consolidación como grupo esencial y básico de la sociedad y como el entorno natural para el crecimiento, la seguridad y el bienestar de sus miembros, particularmente los niños.

Algunos rasgos característicos de este importante instrumento jurídico son:

- Que la Convención recoge la experiencia internacional y sirve como marco de general de interpretación.
- Que la convención ha iniciado un proceso de reforma mundial dirigido a erradicar sistemas jurídicos que permiten o facilitan las violaciones de Derechos Humanos.
- Que la Convención ha puesto en un plano principal de discusión a múltiples aspectos relacionados con la infancia.
- Que la Convención toma en cuenta la singular condición de la infancia para la aplicación de la ley.
- Que la Convención establece la solución judicial para los conflictos de menores frente a la ley como último recurso, siempre y cuando las otras posibilidades no sean factibles. En todo caso deben respetarse los Derechos Humanos.

Del conjunto de su normativa, destacamos a continuación, ciertos principios fundamentales que debieran servir como marco de referencia para garantizar la debida protección de los derechos de los niños en las intervenciones de mediación familiar. Cabe señalar que todos ellos derivan de los cuatro principios rectores de la Convención, a saber:

2 La Convención sobre los Derechos del Niño define a los niños y las niñas como seres humanos menores de 18 años, a menos que las leyes nacionales pertinentes reconozcan antes la mayoría de edad (artículo 1). La Convención hace hincapié en que los Estados que decreten antes la mayoría de edad para un propósito concreto, deben hacerlo en el contexto de los principios rectores de la Convención, que son la no discriminación (artículo 2), el interés superior del niño (artículo 3), la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible (artículo 6) y la participación de los niños (artículo 12).

- No discriminación³
- El interés superior del niño⁴
- La supervivencia y el desarrollo⁵
- La participación⁶

Principios de la mediación familiar que aseguran la protección de los derechos del niño:

1. *El niño como sujeto de derechos y responsabilidades.* Esta condición tiene que ver con la dignidad y autonomía del niño en tanto titular de derechos y deberes y su progresivo ejercicio acorde a su desarrollo individual.
2. *El interés primordial del niño.* El interés superior del niño debe ser entendido como el eje principal para la interpretación y aplicación del conjunto de normas de la Convención y del resto de las normas y de los ordenamientos jurídicos de los países que han aceptado el cumplimiento de la misma⁷.
3. *La especial protección de los niños y la responsabilidad prioritaria de los padres.* Establece el cuidado y protección de los niños ante cualquier tipo de maltrato, abusos, riesgo social o situación de vulnerabilidad. La Convención no atenúa la responsabilidad de los padres de familia, sino que al contrario, estipula que por regla general los padres representan y toman decisiones para el cuidado y bienestar de sus hijos menores, y solo subsidiariamente, para enfrentar situaciones graves, puede legitimarse la intervención estatal y de otros agentes e instituciones de la comunidad⁸.
4. *La presunción de que la familia es el elemento básico y medio natural para el desarrollo y bienestar de los niños.* La Convención procura preservar y favorecer la convivencia familiar y las responsabilidades parentales para que el crecimiento de los niños y niñas se lleve a cabo en el seno de la familia⁹.

3 Artículo 2 de la Convención sobre Derechos del Niño

"1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

4 Artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño

"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

5 Artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño

"1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño."

6 Artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño

"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

7 Al haber aceptado el cumplimiento de las normas de la Convención, los gobiernos están obligados a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención; a convertir estas normas en una realidad para los niños; y a abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir o conculcar el disfrute de estos derechos.

8 Véanse asimismo los artículos 20, 27.3, 32 y siguientes y 40 de la Convención sobre Derechos de los Niños.

9 Véanse por ejemplo, los artículos 5, 9, 10 y 18 de la Convención sobre Derechos de los Niños.

5. *El principio de no discriminación y de trato igualitario de todos los niños.* En los términos de la Convención, los Estados deben respetar los derechos enunciados en ella y asegurar "su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus tutores" (artículo 2.1). Crea una sola categoría de infancia y procura la participación del menor como sujeto pleno de derechos en tanto ser humano con dignidad propia. Ahora bien, para efectos del presente trabajo, agruparemos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño en tres grupos siguiendo una nomenclatura acuñada por El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) antes de su adopción como instrumento internacional. De este modo, puede afirmarse que la Convención reconoce la existencia de derechos de protección, tutela y asistencia; derechos de provisión y bienestar; y derechos de participación.

a. *Derechos de protección, tutela y asistencia social.* Esta categoría de derechos pretende preservar a los niños de situaciones dañinas, de riesgo o peligro para su normal desarrollo. De modo genérico, el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala el derecho del menor a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido, abandono o trato negligente, maltrato, corrupción o explotación. Los numerales 32 al 40 del mismo documento desarrollan las exigencias de protección en los casos antes mencionados y en algunos otros de extrema gravedad como el tráfico y venta de niños, el uso indebido de drogas y la explotación económica, militar, sexual o laboral¹⁰.

b. *Derechos de provisión y bienestar.* Los derechos de provisión y bienestar tienen que ver con los medios y condiciones necesarios para la supervivencia y desarrollo pleno e integral de los niños en sus dimensiones afectiva, moral, educativa, material, social, etc. Incorpora desde el derecho a la vida, la salvaguarda de su integridad física y psicológica, el respeto a las libertades fundamentales y los derechos al sustento, al nivel de vida adecuado, a los alimentos, al resguardo y otros similares. El artículo 27 de la Convención referido al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado es tan solo uno de muchos ejemplos de esta clase que son mandato expreso en dicho tratado.

Los derechos de provisión incluyen entre otras las obligaciones parentales, el derecho del niño a mantener contacto regular, cotidiano y directo con sus padres y que constituye lo que Cecilia Grossman denomina como el "derecho de comunicación"¹¹.

Se consideran derechos de provisión y bienestar a ciertos derechos de contenido económico-social, como el derecho a la asistencia, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el

10 Sobre este punto, resulta pertinente comentar que La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 25 de mayo de 2000 dos protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño [Resolución de la Asamblea General A/Res/54/263]: el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados y el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. El Protocolo facultativo que versa sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía entró en vigor el 18 de febrero de 2002 y se convirtió en un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados que lo han ratificado.

11 Grossman, Cecilia. Los derechos del niño en la familia, en Wainerman, Catalina H., comp., *Vivir en familia*, UNICEF / Editorial Losada, Buenos Aires, 1996, p. 95.

derecho a la educación y el derecho a la recreación. Puede incluirse también en este apartado a un conjunto de derechos que tiene como misión la integración de niños en circunstancias especialmente difíciles, como es el caso de los niños refugiados y de los menores discapacitados o de necesidades diferentes.

c. *Derechos de participación.* Los derechos de participación implican la consideración del niño como sujeto activo de sus derechos y responsabilidades, así por ejemplo, el artículo 12 de la multicitada Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho del menor a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta sus opiniones en función y en concordancia con su edad y madurez.

En este sentido, participar significa precisamente ser partícipe, opinar, actuar, conocer por sí mismo; cuestión que transforma radicalmente la concepción predominante y generalizada que ve en los niños no a personas completas sino a sujetos deficitarios, a “objetos de protección” y que en consecuencia pueden ser llamados adolescentes, cuando la ley no los trata de incapaces o inimputables.

Cabe destacar que de la normatividad propuesta por la Convención, puede apreciarse que todos los derechos del niño se articulan sobre la base de centrar y sustentar la vida, desarrollo, crecimiento y protección de los niños en sus relaciones familiares. Ya se mencionó con antelación que la convivencia, subsistencia y responsabilidad familiar apegados al respeto de los derechos de los niños y niñas constituyen principios básicos. El artículo 5 declara que:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

A su vez, el artículo 9 prescribe que:

“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

El numeral 14.2 de la misma Convención, a propósito del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de creencias religiosas de los menores de edad, reconoce determinadas prerrogativas de los padres de familia al disponer que “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”. En lo concerniente al derecho a la educación, el artículo 29.1.c plantea que la educación deberá estar encaminada, entre otros valores, a “[...]inculcar al niño el respeto de sus padres”.

Frente al mandato de cumplimiento de todos estos derechos, el Estado tiene un rol subsidiario fren-

te a las familias, esto es, que deberá apoyar las responsabilidades y deberes propios de las familias para el fortalecimiento de las relaciones familiares y la asunción de los roles parentales¹². Sin detrimento a lo anterior, reconoce la importancia de las redes familiares, sociales y asistenciales más amplias y la cooperación de organismos comunitarios y de la sociedad civil, así como de otras entidades especializadas en la atención de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes¹³.

III. Los derechos del niño y la mediación familiar

Los sistemas de mediación se caracterizan por crear entornos más flexibles y cordiales para la resolución de disputas en los que los sujetos implicados participan activa y voluntariamente en la búsqueda de una solución al conflicto. Uno de los campos más fértiles en cuanto a la implementación de procedimientos de mediación es precisamente el ámbito familiar. La mediación familiar es un método de solución de controversias autónomo y alternativo a las vías de jurisdicción ordinaria, al que acuden los particulares por decisión propia para dirimir sus problemas, pero un pueden optar simultáneamente por la vía jurisdiccional y el servicio de mediación¹⁴.

Puede constatar que en los contextos nacionales de los países de la región, cotidianamente los tribunales y los organismos administrativos aplican prioritaria y exclusivamente la legislación nacional, soslayando los instrumentos de carácter internacional. Los padres y madres que disputan entre sí los derechos y deberes para con sus hijos también invocan tradicionalmente las leyes nacionales. Aún en niveles institucionales suele eludirse el hecho de que el cumplimiento de las normas y tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un deber para los Estados que la acogieron. Lamentablemente, todavía hay quienes actúan en niveles de decisión relevantes para la niñez y la infancia, que desconocen o ignoran los preceptos internacionales calificándolos de inaplicables y utópicos.

En los sistemas jurídicos nacionales en América Latina, coexisten legislaciones anacrónicas con legislaciones vanguardistas que expresan postulados contradictorios. Lo anterior permite encontrar visiones peligrosas que aluden a "menores en situación irregular", "menores delincuentes", "menores incorregibles", "menores con peligrosidad futura o latente" que permean las normas familiares y tutelares, confundiendo con frecuencia el rol tutelar con roles de control social que pisotean los Derechos Humanos y desprotegen a los niños¹⁵.

Como hemos señalado, desde que se aprobó la Convención sobre los derechos del Niño en 1989, se inició una nueva doctrina de la infancia que dio inicio tanto a nivel internacional como a nivel de cada país a importantes procesos de reforma. Sin embargo, no debemos alejarnos de la perspectiva realista. Las violaciones de Derechos Humanos son múltiples, terribles y reiteradas. La

12 La Convención parece estar lejos de identificar dicho fortalecimiento con un modelo particular de familia, por ejemplo, la familia nuclear fundada en un matrimonio civil. Tal modelo es válido, pero no único, exclusivo ni excluyente.

13 Lo anterior se desprende por ejemplo, de los artículos 19.2, 20.3 y 45 de la propia Convención.

14 Para más información sobre la relación entre vía judicial y sistemas de mediación, véase: Blanco Escandón, Celia. "Nuevas tendencias en el ámbito de la justicia de menores: la mediación víctima-infractor", *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana*, Número 33, México, 2003. p. 293.

15 Véase Blanco Escandón, Celia. "Rehabilitación pedagógica de menores infractores", *Revista Umbral XXI*, Número 7, Otoño-Invierno, Universidad Iberoamericana, México, 1991.

inserción de los Derechos Humanos en normas positivas, sea de rango nacional o internacional, no significa su garantía ni su cumplimiento. Sería absurdo pensar que la ley por sí sola limita los abusos y las desviaciones del poder político. Más aún en América Latina, que se ha caracterizado por la dicotomía entre lo que el sistema jurídico establece y lo que se hace. No se puede ignorar tampoco la existencia de profundas diferencias sociales y múltiples violaciones de los Derechos Humanos.

Hechas las observaciones precedentes, cabe preguntarse si la mediación familiar, tal como se concibe y practica en la región, ¿es congruente con el paradigma de los derechos del niño? ¿cómo respeta o favorece los derechos de los menores de edad que participan en ella? ¿debe la mediación contar con este tipo de postulados y de variables axiológicas?

Previo al intento de responder estas preguntas, resulta pertinente abordar y explicar ciertos elementos conceptuales en torno a la mediación familiar.

*Causas habituales del conflicto en familia*¹⁶:

i. Problemas de relaciones entre las personas

Se deberían a:

- Fuertes emociones negativas.
- Percepciones falsas o estereotipos.
- Escasa comunicación.
- Conductas negativas repetitivas.

Ejemplos:

- Odio y agresividad entre los cónyuges por expectativas no satisfechas y frustraciones.
- Cotidianidad de gritos e insultos, falta de respeto, violencia física y moral.

ii. Problemas de información

Surgirían cuando:

- Existe falta de información para la toma de decisiones.
- Existen diferentes opiniones acerca de la relevancia de la información.
- Existen problemas de interpretación de la información.

Ejemplos:

- La familia desconoce quién puede ayudarles en su problema.
- Tras la consulta de un experto el problema subsiste porque cada uno escucha cosas distintas.

iii. Intereses incompatibles o percibidos como tales

Relacionados con:

- Intereses sustantivos: dinero, tiempo, recursos, derechos, deberes, responsabilidades...
- Intereses de procedimiento y acciones: métodos o vías para resolver el conflicto.
- Intereses personales: percepción de desconfianza, deshonestidad, injusticia...

¹⁶ Los conceptos y premisas aquí esbozados derivan de la teoría del conflicto de Moore que puede ser consultada en detalle en: Moore, W. Christopher. El proceso de mediación, Ediciones Granica, Buenos Aires, 1995. También véase: Villanueva, N. "De naranjas, pasteles, juegos de cartas, puzles...y otras definiciones de conflicto en mediación familiar", Actas del Congreso Internacional de Mediación Familiar, Editorial Aranzadi, Barcelona 1999.

Ejemplos:

- El padre y la madre perciben que quieren lo mismo y al mismo tiempo: los niños, la casa, el automóvil... y que lo que cada uno gana, es porque el otro lo ha perdido.
- Diferentes presupuestos para elaborar la pensión alimenticia o la compensatoria.
- Mientras uno prefiere la vía jurisdiccional, el otro opta por la negociación o los acuerdos privados.

iv. Organización y estructura

Estarían provocados por:

- Pautas destructivas de comportamiento o interacción.
- La desigualdad de control, la propiedad o la distribución de recursos.
- La desigualdad de poder y autoridad.

Ejemplos:

- Malos tratos físicos o psicológicos entre los miembros de la familia.
- La ley favorece o desfavorece económicamente a uno de los cónyuges (escritura de propiedad de la casa, obligación de proveer alimentos).

v. Problemas valorales

Relacionados con:

- Sistemas de creencias incompatibles, diferentes modos de vida, ideología o religión.
- Imponer por la fuerza un conjunto de valores sobre otros.

Ejemplos:

- La pareja difiere en cómo educar a los niños, a que tipo de escuela deben asistir, qué es una dieta sana...
- Divergencias en cómo gastar el dinero, utilización del tiempo libre, la idea de lo que debe ser una familia...
- Parentalidad y conyugalidad:

Contribuye a pacificar situaciones de separación y divorcio, el ayudar a la pareja a comprender que, si bien, en su relación como cónyuges ha finalizado, la relación parental va a continuar porque ellos van a seguir siendo el padre y la madre de sus hijos. En otras palabras se trataría de centrarse en la función parental para sentar las bases de la reestructuración consiguiente a la ruptura conyugal teniendo especial atención y dedicación a las decisiones que afectan a los hijos menores de edad.

Hechas las anotaciones que anteceden, volvemos a la pregunta central: la mediación, tal como se percibe y practica en nuestro medio, ¿es congruente con el paradigma de los derechos de los niños?

Para responder en forma sistematizada nos valdremos de la misma clasificación utilizada previamente en este mismo texto, que cataloga a los derechos del niño en derechos de provisión, de participación y de protección.

a. Respecto de los *derechos de provisión*, se debe tener en cuenta que en los procedimientos de mediación familiar, los actores -normalmente los padres que están viviendo o ya han vivido la ruptura de la vida de pareja - conversan, discuten, negocian y acuerdan cuestiones relativas a sus hi-

jos. En ese contexto aparecen como cuestiones fundamentales la manutención económica de los niños, los términos de su cuidado, crianza y educación, la interacción con el padre o madre que no vive con ellos, por mencionar solo algunos. Los mediadores deben ser imparciales respecto de las posiciones, intereses, el modo y contenido de lo que los partícipes resuelven ejerciendo ellos mismos su capacidad de negociar y decidir¹⁷. La mediación como mecanismo de diálogo no debe prejuzgar los resultados a que lleguen los mediados sobre las necesidades de los hijos y otros temas relevantes. Sin embargo, creemos que una de las finalidades de la mediación familiar, en particular cuando ella está vinculada al sistema jurisdiccional, es que los acuerdos establezcan por lo menos el sustento material y emocional de los niños, la comunicación con el padre o la madre que no vive con ellos, el aseguramiento de los medios necesarios para su crianza y adecuado desarrollo de vida. Con todo, tanto los padres como el mediador parten del supuesto que su presencia en la mesa de mediación se justifica precisamente porque el mínimo denominador común que los une es el bienestar de los niños y el asegurar la satisfacción de sus necesidades.

b. Los derechos de protección. Esta categoría engloba un conjunto de derechos especiales a favor de menores que padecen situaciones particularmente difíciles de abandono, maltrato, abuso, explotación o corrupción, o que se encuentran sometidos a los sistemas penales para niños y adolescentes en los que llega a ocurrir que el Estado actúa -aparentemente- como agente tutelar mientras vulnera los derechos de quienes declara proteger.

A nuestro juicio es precisamente en este rubro de derechos donde logra apreciarse en toda su complejidad las fortalezas y debilidades de la mediación. Es difícil que en los dispositivos previos al proceso de mediación, por ejemplo la derivación desde otro centro u oficina de asistencia social o la solicitud directa de los padres, pueda detectarse una situación grave de vulneración de derechos de los que sirven de presupuesto a los llamados derechos de protección de la infancia. Sin embargo, si en una dinámica familiar determinada estuviere involucrada una situación grave de abandono, maltrato o abuso y, llevado un caso con esos componentes a mediación, la mediación cuenta con mecanismos, herramientas y recursos suficientes para detectarlos. Se trata de casos que, si han llegado a mediación, la intervención no debe iniciarse, o bien, si ya se ha iniciado, debe suspenderse o interrumpirse y adoptarse medidas congruentes con la situación específica de vulnerabilidad o desvalidez que se ha detectado. En este mismo sentido, las reglas éticas del mediador o mediadora proporcionan pautas de conducta para los casos en que más que convenir en relación a los niños, el imperativo es protegerlos. La mediación familiar posee los dispositivos concretos para el resguardo de los Derechos de los Niños, aún en los casos en que, por sus características, no corresponde que sean abordados por esta vía.

c. Las relaciones de la mediación con los derechos de participación de los niños. Sobre el tema de la participación de los niños en la mediación se ha dado un debate interesante que no ha culminado con una solución definitiva, aunque en nuestra opinión, la misma Convención sobre los Derechos de los Niños aporta criterios sólidos y contundentes para ello. Es importante recordar que

¹⁷ Véase: Nató Alejandro Marcelo y Querejazu, María Gabriela. *Mediación x 7*, Editorial Atelier, Barcelona, 2001.

el artículo 12 de la Convención reconoce el derecho de opinión y libre expresión de los niños y su adecuada ponderación de acuerdo a su etapa de desarrollo y nivel de madurez. Refuerza y defiende los principios de autonomía y de participación a propósito de los procesos formales para decidir el destino de niños y niñas.

IV. La participación de los niños y su derecho a opinar en los sistemas de mediación familiar

El cuestionamiento que ineludiblemente surge este punto es ¿deben los niños participar en los procesos de mediación familiar?, ¿tienen derecho los niños a participar en los sistemas de mediación familiar? Y si la respuesta fuera afirmativa, ¿en qué condiciones y con qué objeto deben asistir los niños a las reuniones en que se desenvuelve el proceso?, ¿deben asistir solos o siempre acompañados de sus padres?, ¿pueden comparecer personificando un interés distinto al de sus padres?, ¿cuál debe ser la actitud del mediador con los menores? Si los menores tienen o deben ir a mediación, ¿a qué van?, ¿cuál es la finalidad de su participación?, ¿deben intervenir en todas las etapas de la mediación?, ¿son los niños y adolescentes también sujetos del acuerdo al que finalmente se arribe?

Como punto de partida cabe destacar ciertos objetos o finalidades que, a nuestro juicio, no son propios de la participación de los niños en la mediación. No nos parece que la participación o presencia de los niños y niñas en la mediación familiar se justifique para fines puramente de observación o diagnóstico de la familia. Tampoco estimamos legítimo que la intervención de los hijos menores de edad sirva a los propósitos de prueba o testimonio, confirmación o desmentido de los dichos de sus padres, o que tomen partido formando alianzas y conflictos de lealtad. Por ello afirmamos que en una mediación familiar se debe por principio, sacar a los niños del medio de la disputa de los padres¹⁸.

Entonces, ¿qué significa para los niños y adolescentes participar en una mediación? En primer lugar, es importante recordar que la participación es un concepto de gran importancia social, política y cultural y que posee un alto grado de variabilidad en sus significados. Por de pronto, cuando hablamos de derechos de participación en el marco de la Convención sobre Derechos del Niño, nos estamos refiriendo a algo mucho más complejo que la simple asistencia de los niños a la sala o mesa de mediación, y de hecho, propicia la participación como oportunidad de expresarse, opinar y ser oídos y que sus opiniones sean debidamente consideradas y tomadas en cuenta. Ahora bien, la Convención puede ser clara en la enunciación del derecho, pero la realidad de los conflictos familiares suele presentar aristas que hacen dificultoso asumir sus postulados en plenitud.

La Convención propone como criterio de solución la multicitada norma de su artículo 12 que contiene el derecho de niños y adolescentes a opinar libremente sobre los asuntos que les afectan, en función de su desarrollo progresivo, y que incluye el derecho de ser escuchados por los organismos públicos competentes si resulta necesario.

¹⁸ Véase, Kaslow, Florence. "La mediación en el divorcio y su impacto emocional en la pareja y sus hijos", en Revista de Terapia Familiar, Número XV, Buenos Aires, 1986, p. 66 y siguientes.

A lo anterior podemos agregar aquellas disposiciones provenientes de los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latinoamericanos, mismos que tradicionalmente han estimado que los niños pueden asistir a las audiencias judiciales si el juzgador lo estima pertinente. Es decir, las legislaciones nacionales en nuestra región no han encontrado obstáculos de principio para que los niños participen en procesos litigiosos donde los adultos discuten sobre sus derechos. Con mayor razón parece plausible que los niños y niñas participen en los sistemas de mediación, considerando que esta instancia es un espacio no confrontacional, más flexible, menos formal y más amable con las personas que participan en ellos y, por ende, menos riesgoso para los niños.

Puede sugerirse un argumento adicional a lo anteriormente expuesto, argumento que fundamentamos analógicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, guardando las precauciones debidas que requiere el razonamiento por analogía. Se trata de la disposición contenida en el artículo 40.3.b de la Convención, relativo a los derechos de los menores infractores de la ley penal que plantea que "[...] siempre que sea apropiado y deseable, [se favorecerá] la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales". Hay en dicha disposición un llamado de la Convención a desjudicializar y a adoptar medios alternos de resolución de controversias en relación a los mecanismos de protección de los derechos del niño en los casos de las infracciones penales. La Convención no hace un llamado similar en las controversias judiciales del ámbito civil -aquéllas que integran el llamado derecho familiar o derecho de familia, probablemente porque los Estados Partes simplemente no se plantearon la posibilidad de que los conflictos familiares se resolvieran mediante métodos alternativos de carácter cooperativo y consensual. Sabemos que la mediación puede ser un mecanismo "anexo" al sistema judicial, pero sin constituir ella misma un proceso jurisdiccional. En tal marco de funcionamiento legal, parece evidente que razones semejantes a las que la Convención utiliza para querer extraer a los niños de los procedimientos penales, asisten también a los procedimientos civiles, siendo preferible la intervención por vía de la mediación familiar.

Finalmente, nos parece que el mejor argumento para responder afirmativamente sobre la participación de los niños en la mediación lo proporciona la propia Convención sobre los Derechos del Niño a partir del principio de la autonomía progresiva de los menores como sujetos de derechos y de la participación de los padres como protectores y defensores de sus hijos.

V. Conclusiones

Cerramos este trabajo con una serie de consideraciones en torno a la responsabilidad de los padres y los derechos de los hijos en la mediación familiar:

- 1) Los artículos 5, 9, 10, 12, 14 y 18 de la Convención sobre Derechos del Niño, entre otros, dan cuenta de la concepción que tiene dicho instrumento internacional respecto del rol primordial de la familia y de los derechos, deberes y responsabilidades de los padres en el respeto y ejercicio de los derechos de niños y adolescentes.
- 2) La mediación es un espacio institucionalizado pero informal en el que es posible lograr que

mientras se desenvuelve el proceso de negociación, los padres, dentro o fuera de la sala de mediación, pueden conversar y sobre todo oír a los niños respecto de los temas que se están tratando.

3) Los acuerdos de los adultos que, ejercitando su propia autonomía, regulan las cuestiones familiares, no pueden ser causa de menoscabo de la autonomía de los hijos cuando tales acuerdos los involucran directa o indirectamente.

4) La participación de los hijos menores en los sistemas de mediación resulta positiva cuando personaliza los intereses del niño, permite que exprese su opinión sobre los problemas que le afectan y que se visualicen sus necesidades, pero, por otra parte, dicha participación puede resultar ser negativa y riesgosa cuando se involucra a los niños en el conflicto de los adultos.

5) La visión que sostiene que la mediación familiar se ejerce dando por supuesto que se trata de una intervención para adultos en la que generalmente se tratan asuntos relativos a los niños, pero no con los niños, debe ser superada.

6) Es urgente promover la consideración de los intereses y derechos del niño en los procesos de mediación.

El derecho a la libre determinación de los pueblos. El caso de la República Árabe Saharaui democrática

Elí Rodríguez Martínez

Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Internacional de la Escuela Libre de Derecho.

Académico de tiempo completo en la Universidad Iberoamericana-Ciudad de México (UIA)

1. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS.

a) Introducción.

Las relaciones internacionales entre los Estados reposa principalmente en el respeto a la soberanía nacional de los Estados, lo cual implica que:

- a) En lo interior, el deber de los Estados de abstenerse de realizar actos de injerencia en asuntos internos de los demás Estados, y
- b) En lo exterior, la prohibición de la agresión y de la amenaza de agresión hacia otros Estados, la prohibición a la invasión y la ocupación ilícita.

En el derecho internacional clásico los únicos sujetos con personalidad jurídica internacional eran los Estados, en tanto que, en el derecho internacional moderno existe una amplia gama de sujetos de derecho internacional, con derechos propios, tal es el caso de los pueblos, a quienes se le reconoce el derecho a la libre determinación.

En el texto del Pacto de la Sociedad de Naciones se reconoció implícitamente el principio de la libre determinación de los pueblos en su artículo 10 al señalar que: "Los Miembros de la Liga se comprometen a respetar y preservar, contra toda agresión exterior, la integridad territorial y la independencia política presente (*existing*) de todos los Miembros de la Liga".

Dicho texto se entendió habitualmente como denotando la condenación del derecho de conquista, pero dejando a salvo el derecho a la revolución, y aún, posiblemente, el derecho de secesión, por cuanto que no condenaba sino la "agresión exterior", pero no los movimientos -revolucionarios o secesionistas- oriundos del interior.¹

El único caso sobre libre determinación de los pueblos que se presentó durante la vigencia de la Sociedad de Naciones fue el de la controversia entre Suecia y Finlandia sobre las Islas Aaland planteada ante una instancia internacional.

Las islas Aaland y Finlandia habían sido cedidas por Suecia a Rusia, por virtud de un tratado celebrado entre dichas naciones en 1809. Al proclamar Finlandia su independencia en 1917, los habitantes de las Islas Aaland, que en su mayoría eran de origen sueco, pidieron su anexión a Suecia, por tal motivo, Suecia persuadió a Finlandia a que accediera a un plebiscito en las islas. Finlandia

¹ Gómez Robledo, Antonio. Estudios internacionales. México. Secretaría de Relaciones Exteriores. 1982. p. 193.

rechazó la propuesta y envió tropas a las islas, situación que motivó a que el Reino Unido, con fundamento en el artículo 11 del Pacto de la Sociedad de Naciones, denunciara dicha situación como una amenaza a la paz solicitando la intervención del Consejo de dicha organización.

En virtud de lo anterior, el Consejo designó una comisión de juristas la cual fue de la opinión de que el principio de la autodeterminación de los pueblos, si bien dotado de significación política, no podía ser considerado como un principio del derecho internacional positivo, entre otras cosas, por no estar inscrito en el Pacto de la Sociedad de Naciones. De ahí que, en caso de conflicto entre el principio de autodeterminación y el de soberanía territorial del Estado, éste último principio deba prevalecer sobre el primero.

En opinión de Don Antonio Gómez Robledo, el derecho de autodeterminación de los pueblos "...sólo opera en situaciones, por así decirlo, anormales, o sea cuando el Estado está en proceso de integración o, por el contrario, de desintegración..."². Sin embargo, como veremos mas adelante, el principio de la autodeterminación de los pueblos es mucho más amplio e incluye otras situaciones.

b) ¿Principio o derecho de libre determinación de los pueblos?

En la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se reconoce expresamente el principio de la libre determinación de los pueblos. Así el artículo 1.2 dispone que: "Los Propósitos de las Naciones Unidas son... Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal".

De igual manera, el artículo 55 de la Carta señala que:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

- a) Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b) La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
- c) El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

En el lenguaje de la Carta, las "relaciones pacíficas y amistosas" reposan en los principios de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

La autodeterminación de los pueblos, en opinión de Gómez Robledo³, es un principio y no propiamente un derecho, toda vez que, un derecho

² Gómez Robledo. Op. cit. p. 196.

³ Gómez Robledo. Op. cit. p. 188.

...es el que nace de una norma de inmediata ejecución (self executing) y con un sujeto de imputación bien definido y concreto. Un principio, por el contrario, aunque lleva consigo una intencionalidad normativa, se mantiene todavía en la región de lo abstracto, por apto que pueda ser -de otro modo no sería "principio" - para proliferar en normas de aplicación inmediata.

Si bien, varios doctrinarios han sostenido que la libre determinación de los pueblos es sólo un mero principio -entendido éste como una norma abstracta o general inspiradora de cierta conducta, origen y fuente de normas- carente de toda fuerza normativa, basándose en que la Carta señala expresamente que es un principio y no un derecho (entendido éste como una norma inmediatamente aplicable). Sin embargo, la Carta de la ONU además de ser el instrumento constitutivo de dicha organización internacional, es también un tratado internacional, y por tanto sus disposiciones constituyen normas jurídicas positivas.

Así por ejemplo, Calogeropoulos-Stratis⁴ señala que:

Es difícil sostener que una regla contenida en un tratado debidamente suscrito y ratificado, pueda tener un valor distinto del de toda regla convencional, sobre todo cuando esta regla se encuentra no en el preámbulo, sino en los artículos del tratado. La afirmación de un principio de derecho, sea cual fuere su origen, en un tratado, le hace penetrar en el derecho positivo, con la misma naturaleza y con igual fuerza que las otras disposiciones del tratado. En un tratado internacional, como lo es la Carta, habría que negar el carácter obligatorio de todas sus disposiciones lo que lleva al absurdo, o bien dividir sus disposiciones en dos categorías (obligatorias y no obligatorias), lo que es arbitrario.

Sin embargo, varios instrumentos internacionales han otorgado a la libre determinación de los pueblos el carácter de derecho mas que de un mero principio. Así el artículo 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, expresa:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Dicha disposición se reproduce en el artículo 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶. Ambos tratados internacionales son claros al señalar que éste es

4 Calogeropoulos-Stratis. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*. Citado por Gómez Robledo, Op. cit. p. 202.

5 Adoptado el 16 de diciembre de 1966, en Nueva York, EUA. El gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981 y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de mayo de 1981.

6 Adoptado el 16 de diciembre de 1966, en Nueva York, EUA. El gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981 y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de mayo de 1981.

un derecho al mencionar expresamente que "todos los pueblos tienen derecho [mio] de libre determinación".

c) La titularidad del derecho a la libre determinación de los pueblos.

Aunque pareciera claro que la titularidad de dicho derecho le corresponde a los pueblos, la doctrina se ha cuestionado si corresponde a los pueblos como tales o debiera entenderse por éstos a las naciones o Estados.

Algunos juristas, como Hans Kelsen en su "Derecho de las Naciones Unidas", han considerado que, debe entenderse por "pueblos" como sinónimo de "Estados", con lo cual la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos pasa a entenderse como la igualdad jurídica y la soberanía de los Estados.

De igual manera, cuando el artículo 1º común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce a todos los pueblos el derecho a la libre determinación, reconoce también a éstos el derecho a establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural. Si bien, el primer supuesto puede entenderse adscrito a los pueblos, el segundo supuesto sólo es atribuible al Estado, pues éste en su soberanía buscará el bienestar de sus habitantes.

La anterior interpretación se confirma con el segundo párrafo del mismo artículo al señalar que los pueblos tienen derecho a "disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional", cuando sólo los Estados son responsables del aprovechamiento de los recursos naturales y sólo los Estados son responsables por los daños ocasionados al medio ambiente; no así los pueblos.⁷

Sin embargo, existen resoluciones de las Naciones Unidas donde los términos "pueblos" y "Estados" son empleados algunas veces como sinónimos y otras como conceptos diferentes; tal es el caso de la Res. 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1962, respecto a la "soberanía permanente sobre los recursos naturales", la cual reconoce tal derecho tanto a los "pueblos y naciones" (párrafo quinto)⁸, en otras ocasiones lo reconoce de manera exclusiva a los "Estados" (párrafo cuarto)⁹ y en otras ocasiones, distingue perfectamente dichos conceptos (párrafo primero)¹⁰.

Por lo anterior, considero que, si bien debe entenderse *prima face* por "pueblos", las comunidades establecidas dentro del territorio de un Estado, lo cierto es que -dicho concepto al ser empleado

7 La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada en Nueva York, el 12 de diciembre de 1974, señala en su artículo 2º que: "Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".

8 Párrafo quinto: "El ejercicio libre y provechoso de la soberanía de los pueblos y las naciones sobre sus recursos naturales debe fomentarse mediante el mutuo respeto entre los Estados basado en su igualdad soberana".

9 Párrafo cuarto: "La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional...".

10 Párrafo primero: "El derecho de los pueblos y naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado".

en algunas ocasiones como sinónimo de "Estado"- deberá ser interpretado conforme al contexto del instrumento que haga mención de ellos.

d) El alcance del derecho a la libre determinación de los pueblos.

Mediante Res. 2621 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se adoptó la "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con al Carta de las Naciones Unidas", en la cual se desarrollan los principios de derecho internacional consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.

De esta manera, al desarrollar el principio de "la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos", previsto en el artículo 1.2 de la Carta, señala que:

En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta.

De conformidad con lo dispuesto en la Declaración, este derecho implica los siguientes deberes para los Estados a favor de los pueblos:

- a) Fomentar las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados.
- b) Poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate.
- c) Promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y la efectividad de tales derechos y libertades de conformidad con la Carta.
- d) Abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos a la libre determinación y a la libertad y a la independencia.
- e) Abstenerse de quebrantar parcial o totalmente de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país.

Asimismo, este principio también implica

El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.

...

El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra; y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o el territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios.

2. LA REPÚBLICA ÁRABE SAHARAUI DEMOCRÁTICA (RASD).

a) Historia.

El Sahara Occidental (antiguo Sahara Español) es un territorio situado en el noroeste de África y fue antigua provincia exterior de España.

La historia del pueblo de Sanhaja Bereber se remonta al Siglo XI, con la conformación de una confederación de tribus, los "Sanhaja con velo", los cuales formaron el Estado de Almoravide. Los almorávides se extendieron hacia el norte del Sahara y posteriormente hasta el actual Magreb y el norte de España (Andalucía).

Los ancestros directos de los actuales saharauis fueron tribunas provenientes del Yemen, en el Siglo XV, que cruzaron el norte de África y se establecieron en la región del Sahara Occidental.¹¹ Étnica y culturalmente eran distintos de las poblaciones establecidos alrededor de ellos. Eran principalmente nómadas y vivían con rebaños que pastaban y cultivos donde era posible.

En el Siglo XVI, el Sultán de Marruecos, Ahmad al Mansor, envió una expedición a conquistar Timbuctú con una motivación totalmente económica: la sal, el oro y la plata. Timbuctú quedó bajo el poder de Marruecos solo un siglo.

España, en su política expansionista, dominó la región del Sahara Occidental desde 1509 hasta 1524, año en el que fue tomada por Marruecos, que la gobernó durante más de tres siglos. Sin embargo, en el Siglo XIX, España recupera la posesión de dicho territorio toda vez que, el interés de la Corona Española radicaba en su deseo de proteger las Islas Canarias, y para asegurar su comunicación, España proclamó un protectorado desde Cabo Blanco hasta Cabo Bojador.¹² Tiempo después, España dividió su posesión en dos distritos administrativos independientes, Río de Oro, al sur, y Saguía el-Hamra, al norte. Estos dos se unieron en el año 1958, cuando se creó la provincia del Sahara Español.

En la Conferencia de Berlín de 1885, que estableció el reparto de África entre las potencias europeas, ratificó el dominio español sobre la región del Sahara Occidental.

Cabe subrayar que España tuvo fuertes conflictos territoriales con Francia, que se había convertido en la potencia europea dominante en el noroeste de África (dominando a Marruecos y Argelia) y que deseaba extender su dominio; por lo que fue necesario, que ambas naciones firmaran acuerdos para definir los límites de sus posesiones.

En las décadas de los 50's y 60's se realiza el proceso de descolonización de África y la cuestión del Sahara Occidental formó parte de la agenda de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fue así como a principios de la década de 1970, los nacionalistas saharauis, organizados en el Frente POLISARIO (acrónimo del Frente Popular de Liberación de Saguía el-Hamra y Río de Oro) reclamaron la independencia del Sahara Español, fundamentándose en la Declaración de reconocimiento de independencia de los países y pueblos colonizados (Res. 1514 (XV) de 1960), de la Asamblea General. Sin embargo, Argelia, Mauritania y Marruecos reclamaron para sí la región del Sahara Occidental.

11 Para mayor información sobre la historia del pueblo saharauí puede consultar las siguientes fuentes: www.arso.org/05-1s.htm y la Enciclopedia Encarta 2004 (Microsoft Corporation).

12 Los acuerdos franco-españoles de 1900, 1904 y 1920 extendieron los límites del protectorado.

A finales de 1975, el Rey Hasan II de Marruecos organizó una masiva invasión no violenta contra el Sahara Español, conocida como la Marcha Verde. España, en difícil situación política interna tras la muerte del Gral. Francisco Franco, concertó los Acuerdos de Madrid en noviembre de 1975, en los que consintió ceder la región a Mauritania y Marruecos, los cuales se dividieron el territorio, que había dejado de pertenecer a España y pasaba a denominarse Sahara Occidental.

España desalojó la zona en febrero de 1976; dos tercios del anterior Sahara Español fueron entonces ocupados por Marruecos y el resto, por Mauritania. Argelia protestó por el reparto y apoyó al Frente POLISARIO en su intento por transformar el antiguo Sahara Español en un país independiente bajo el nombre de República Árabe Saharaui Democrática (RASD). Las guerrillas del POLISARIO, con base en Argelia, lanzaron asaltos contra los puestos mauritanos y marroquíes en el Sahara Occidental de 1976 a 1978. Cuando Mauritania rindió su parte y firmó la paz con el Frente POLISARIO en 1979, Marruecos se anexionó todo el Sahara Occidental, al que dividió en las provincias de Boujdour (Bojador), Laâyoune (El Aaiún), Es-Smara y Oued Eddahab (Río de Oro).

Las guerrillas del Frente POLISARIO continuaron sus asaltos al Sahara Occidental, aunque su fuerza inicial se vio severamente reducida tras la construcción por parte de Marruecos de una línea fortificada que protegía Bu Craa, El Aaiún y Es-Smara; sin embargo, la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) fue admitida en la Organización para la Unidad Africana (OUA) en febrero de 1982, cuando ya había sido reconocida como tal por más de 70 Estados; ante tal hecho, como acto de protesta, Marruecos se retiró como miembro de la OUA en 1985.

Los esfuerzos por resolver el conflicto culminaron en un plan de paz de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Se estableció un alto el fuego que comenzó en agosto de 1988, pero catorce meses después, el Frente POLISARIO continuó los ataques. El alto al fuego fue restablecido en el año 1991, tras el acuerdo alcanzado por las Naciones Unidas en el que se preveía la realización de un referéndum sobre el futuro del Sahara Occidental. Todas las partes implicadas estuvieron de acuerdo en que el referéndum era la base del plan de paz, pero su puesta en marcha se vio retrasada a causa del desacuerdo sobre quién debe participar en él¹³.

Hubo que transcurrir tres años para que las partes en conflicto, a través de la mediación del que fuera secretario de Estado estadounidense, James Baker, alcanzaran en Houston (Texas), en el mes de septiembre de 1997, un acuerdo para la celebración de un referéndum de autodeterminación, que ha sido aplazado en varias ocasiones.

b) La lucha del pueblo saharauí por la vía política.

La lucha del pueblo saharauí por lograr su total independencia fue llevada al seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

i) Resoluciones de la Asamblea General.

¹³ En principio, el electorado convocado a la consulta iba a estar formado exclusivamente por los ciudadanos saharauíes registrados en el censo español de 1974, que serían unos 74,000 habitantes. A pesar de la oposición del Frente POLISARIO, las Naciones Unidas aceptaron, más tarde, ampliar el número de votantes para poder incluir a los saharauíes que no constaban en el censo por diferentes razones, y a aquéllos que llevaban viviendo en el territorio de la RASD durante seis años consecutivos, o doce interrumpidos, situación favorable a las pretensiones de los dirigentes marroquíes, que han promovido la colonización del territorio por parte de ciudadanos marroquíes.

La Asamblea General emitió muchas resoluciones sobre la cuestión del Sahara Occidental¹⁴. Para efectos de este estudio sólo mencionaremos las más importantes.

Mediante Res. 2072 (XX), del 16 de diciembre de 1965, la AGONU

2. *Pide encarecidamente* al Gobierno de España, como Potencia administradora, que adopte inmediatamente todas las medidas necesarias para la liberación de los Territorios de Ifni y del Sáhara español (sic) de la dominación colonial y que, con ese fin, emprenda negociaciones sobre los problemas relativos a la soberanía presentados por estos dos Territorios.

Un año mas tarde, en la Res. 2229 (XXI), del 20 de diciembre de 1966, la Asamblea General reconoce expresamente al Sahara Occidental su derecho a la libre determinación al señalar que

1. *Reafirma* el derecho inalienable de los pueblos Ifni y el Sáhara Español a la libre determinación, de conformidad con la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General.

Asimismo

4. *Invita* a la Potencia administradora a determinar lo antes posible, de conformidad con las aspiraciones de la población autóctona del Sáhara Español y en consulta con los Gobiernos de Marruecos y de Mauritania y con cualquier otra parte interesada, los procedimientos para la celebración de un referéndum bajo los auspicios de las Naciones Unidas con miras a permitir a la población autóctona del Territorio que ejerza sin trabas su derecho a la libre determinación, y con tal fin a:

a) Crear un clima político favorable para que el referéndum sea organizado y celebrado sobre una base enteramente libre, democrática e imparcial, permitiendo, entre otras cosas, el regreso de los exiliados al Territorio;

b) Tomar todas las medidas necesarias a fin de asegurar que sólo la población autóctona del territorio participe en el referéndum;

c) Abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda demorar el proceso de descolonización del Sáhara Español;

d) Prestar todas las facilidades necesarias a la misión de las Naciones Unidas para que pueda participar activamente en la organización y celebración del referéndum.

De esta manera, la AGONU reconoce el derecho a la libre determinación del Sahara Occidental e insta a España a iniciar el proceso de descolonización tendiente a otorgar la independencia de dicho territorio.

Las resoluciones de la Asamblea de los años posteriores se limitan a confirmar lo establecido en las resoluciones antes mencionadas.

Tras la firma de los acuerdos de Madrid y los constantes levantamientos armados del Frente POLISARIO, el 10 de agosto de 1979 se concertó un acuerdo de paz, en la ciudad de Argel, entre Mauritania y el Frente POLISARIO, y la Asamblea General mediante Res. 34/37 del 21 de noviembre de 1979

14 A/Res/20/2072 de 1965; A/Res/21/2229 de 1966; A/Res/22/2354 de 1967; A/Res/23/2428 de 1968; A/Res/24/2591 de 1969; A/Res/25/2711 de 1970; A/Res/26/2983 de 1972; A/Res/28/3162 de 1973; A/Res/29/3292 de 1974; A/Res/30/3458 de 1975; A/Res/31/45 de 1976; A/Res/32/22 de 1977; A/Res/33/32 de 1978; A/Res/34/37 de 1979; A/Res/35/19 de 1980; A/Res/36/46 de 1981; A/Res/37/28 de 1982; A/Res/38/40 de 1983; A/Res/39/40 de 1984; A/Res/40/50 de 1985; A/Res/41/16 de 1986; A/Res/42/78 de 1987; A/Res/43/33 de 1988; A/Res/44/88 de 1989; A/Res/45/21 de 1990; A/Res/46/67 de 1991; A/Res/47/25 de 1992; A/Res/48/49 de 1993; A/Res/49/44 de 1994; A/Res/50/36 de 1995; A/Res/51/143 de 1996; A/Res/52/75 de 1997; A/Res/53/64 de 1998; A/Res/54/87 de 1999; A/Res/55/141 de 2000; A/Res/56/69 de 2001; A/Res/57/135 de 2002 y A/Res/58/109 de 2003.

4. *Acoge con beneplácito* el acuerdo de paz concertado entre Mauritania y el Frente Popular para la liberación del Saguia el-Hamra y de Río de Oro, y considera que ese acuerdo constituye una importante contribución a la dinámica de paz con miras a una solución definitiva, justa y duradera de la cuestión del Sáhara Occidental.

...

6. *Pide encarecidamente* a Marruecos que participe también en la dinámica de paz y ponga fin a la ocupación del Territorio del Sáhara Occidental.

Debido a las constantes guerrillas del frente POLISARIO contra Marruecos por haberse anexo el territorio tras los acuerdos de Argel, la Asamblea General mediante Res. 34/36, del 24 de noviembre de 1981,

6. Insta, a tal efecto a Marruecos y al Frente Popular para la Liberación del Saguia el-Hamra y de Río de Oro a que emprendan negociaciones con miras a establecer inmediatamente un alto al fuego y concertar un acuerdo de paz que permita la justa realización de un referéndum de libre determinación, general y libre, en el Sáhara Occidental.

Las resoluciones de años posteriores van en el mismo sentido, es decir, de instar a las partes en conflicto a que lleguen a un acuerdo de paz y permitan un referéndum para que el pueblo saharauí decida libremente su condición.

Debido al constante fracaso en las negociaciones con las partes en conflicto y a la reticencia de Marruecos en cesar la ocupación del territorio saharauí, la Asamblea General a través de la Res. 43/33 del 22 de noviembre de 1988

8. *Invita* al Presidente en funciones de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana y al Secretario General de las Naciones Unidas a que sigan tomando medidas para conseguir que las dos partes en el conflicto, el Reino de Marruecos y el Frente Popular para la Liberación del Saguia el-Hamra y de Río de Oro, negocien, a la brevedad posible y de conformidad con la resolución AHG/Res. 104 (XIX), la resolución 40/50 de la Asamblea General y la presente resolución, las condiciones para una cesación del fuego y las modalidades para organizar el mencionado referéndum.

Debido una vez mas a la reticencia de Marruecos, el Consejo de Seguridad de la ONU, como ya se ha comentado previamente, estableció la MINURSO y la Asamblea General en su Res. 46/67 del 11 de diciembre de 1991

2. *Celebra* que, el 29 de abril de 1991, el Consejo de Seguridad aprobara por unanimidad la resolución 690 (1991), en la que aprobó el informe del Secretario General de 19 de abril de 1991 y decidió establecer bajo su autoridad una Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental.

3. *Celebra también* la entrada en vigor el 6 de septiembre de 1991 de la cesación del fuego en el Sáhara Occidental, de conformidad con la propuesta del Secretario General aceptada por el Reino de Marruecos y el Frente Popular para la Liberación del Saguia el-Hamra y de Río de Oro,

Debido a los acuerdos alcanzados gracias a la mediación de James Baker¹⁵, ex Secretario de Estado de los Estados Unidos, la Asamblea General en su Res. 54/87 del 6 de diciembre 2. *Toma nota una vez mas con satisfacción* de los acuerdos para la aplicación del plan de arreglo a que llegaron el Reino de Marruecos y el Frente Popular para la Liberación del Saguia el-Hamra y de Río de Oro en conversaciones privadas directas celebradas con los auspicios de James Baker III, Enviado Personal del Secretario General, y exhorta a las partes a que apliquen esos acuerdos plenamente y de buena fe.

Disposición que se repite en las últimas resoluciones de la Asamblea General en los últimos años.

ii) Resoluciones del Consejo de Seguridad.

Al igual que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha emitido varias resoluciones¹⁶; sin embargo sólo mencionaremos las más importantes.

El Consejo de Seguridad en múltiples resoluciones instaba a las partes en conflicto a buscar una solución pacífica a la cuestión del Sahara Occidental, para tal efecto, el Consejo de Seguridad resolvió dirigir notas diplomáticas al Rey de Marruecos, autorizar al Secretario Bernal de la Organización a nombrar un representante especial para el Sahara, con poco resultado.

Pero fue hasta que, el Consejo de Seguridad, mediante Res. 690 (1991), del 29 de abril de 1991, decide establecer bajo su autoridad una Misión de Naciones Unidas para el Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO por sus siglas en inglés)¹⁷ la cual supervisaría el alto al fuego y la celebración del referéndum, así como la retirada de la mitad de las fuerzas del ejército Marroquí que ocupaban el Sahara Occidental.

En virtud de que el citado referéndum no se ha realizado, en resoluciones de los años posteriores, el Consejo de Seguridad se ha limitado a prorrogar el mandato de la MINURSO e invitar a las partes (Marruecos y el frente POLISARIO) "a que apliquen fiel y lealmente el conjunto de medidas presentado por el Secretario General en relación con la identificación de votantes, el proceso de apelación y el calendario revisado de ejecución".

c) **La lucha del pueblo saharavi por la vía jurídica.**

Debido a la constante reticencia de Marruecos y Mauritania de acatar las resoluciones dictadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Asamblea, mediante Res. 3292 (XXIX), del 13 de diciembre de 1974

15 El mediador enviado por la ONU, el ex Secretario de Estado estadounidense James Addison Baker, logró convocar una reunión entre representantes marroquíes y del Frente POLISARIO, en Lisboa, a finales del mes de junio de ese año, pero el día 24 ésta acabó sin acuerdo alguno respecto al polémico asunto del censo de votantes para el referéndum de autodeterminación. Una segunda ronda de conversaciones, iniciada en Londres, en julio de ese año, permitió que ambas partes aceptaran una propuesta de compromiso para desbloquear el contencioso sobre la identificación de los votantes. Así se llegó, en septiembre, a la reunión de Houston, Estados Unidos, donde Baker logró que tanto el Frente POLISARIO como Marruecos acordaran celebrar el referéndum sobre el Sahara en 1998, a partir del establecimiento de un censo consensuado de 80,000 votantes.

16 S/Res/377 (1975); S/Res/379 (1975); S/Res/380 (1975); S/Res/621 (1988); S/Res/658 (1990); S/Res/690 (1991); S/Res/725 (1991); S/Res/809 (1993); S/Res/907 (1994); S/Res/973 (1995); S/Res/995 (1995); S/Res/1002 (1995); S/Res/1017 (1995); S/Res/1033 (1995); S/Res/1042 (1996); S/Res/1056 (1996); S/Res/1084 (1996); S/Res/1108 (1997); S/Res/1131 (1997); S/Res/1148 (1998); S/Res/1163 (1998); S/Res/1185 (1998); S/Res/1198 (1998); S/Res/1204 (1998); S/Res/1215 (1998); S/Res/1124 (1999); S/Res/1228 (1999); S/Res/1232 (1999); S/Res/1235 (1999); S/Res/1238 (1999); S/Res/1263 (1999); S/Res/1281 (1999); S/Res/1292 (2000); S/Res/1301 (2000); S/Res/1309 (2000); S/Res/1324 (2000); S/Res/1342 (2001); S/Res/1349 (2001); S/Res/1359 (2001); S/Res/1394 (2002); S/Res/1406 (2002); S/Res/1429 (2002); S/Res/1463 (2003); S/Res/1469 (2003); S/Res/1485 (2003); S/Res/1495 (2003); S/Res/1513 (2003); S/Res/1523 (2004); S/Res/1541 (2004); S/Res/1570 (2004).

17 La MINURSO es la "Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental", desplegada en respeto al acuerdo entre el Gobierno de Marruecos y el Frente POLISARIO para supervisar el alto al fuego, así como para organizar y dirigir un referéndum en el que la gente del Sáhara Occidental tuviera la oportunidad de decidir el estatus futuro del territorio. La MINURSO es una fuerza multinacional conformada por contingentes de 50 naciones. Se conforme de 1700 soldados, y 800 civiles y policía personal y tiene una plantilla de reserva de 300. Ortiz Ahlf, Loretta. *Derecho Internacional Público*. México. 3ª ed. Oxford University Press. p. 507.

Decide recabar de la Corte Internacional de Justicia, sin perjuicio de la aplicación de los principios contenidos en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, que emita una opinión consultiva a la brevedad posible sobre las siguientes cuestiones:

II. ¿Era el Sáhara occidental (*sic*) (Río de Oro y Sakiet El Hamra) en el momento de su colonización por España un territorio sin dueño (*terra nullius*)?

Si la Respuesta a la primera pregunta es negativa,

III. ¿Qué vínculos jurídicos existían entre dicho territorio y el Reino de Marruecos y el complejo mauritano? Asimismo, insta a España, Marruecos y Mauritania a presentar ante la Corte toda la información y documentos necesarios para aclarar esas cuestiones.

En su Opinión Consultiva del 16 de octubre de 1975, la Corte Internacional de Justicia señaló respecto de la primera cuestión (si el Sahara Occidental era *terra nullius* al momento de su colonización por España) que:

[En] el "momento de su colonización por España" puede considerarse el período que comenzó en 1884, cuando España proclamó su protectorado sobre el Río de Oro. Por consiguiente, el concepto jurídico de *terra nullius* ha de interpretarse por referencia al derecho en vigor en ese período. En derecho, la "ocupación" es un medio, diferente de la cesión o la sucesión, de adquirir por medios pacíficos la soberanía de un territorio; una condición fundamental de una "ocupación" válida es que el territorio sea *terra nullius*; en su caso, se consideraba en general que la soberanía no se adquiría mediante la ocupación, sino mediante acuerdos concertados con los gobernantes locales. La información proporcionada a la Corte demuestra:

a) Que en el momento de su colonización el Sáhara Occidental estaba habitado por pueblos que, aunque eran nómadas, estaban organizados social y políticamente en tribus y tenían jefes competentes para representarlos;

b) Que España no actuó sobre la base de establecer su soberanía sobre *terra nullius*: por eso, en su decreto de 26 de diciembre de 1884, el Rey de España proclamó que estaba tomando el Río de Oro bajo su protección sobre la base de acuerdos concertados con los jefes de las tribus.

Respecto a la segunda cuestión, la Corte

...llegó a la conclusión de que los elementos e informaciones puestos a su disposición no demostraban la existencia de ningún vínculo de soberanía territorial entre el territorio del Sáhara Occidental, por una parte, y el Reino de Marruecos¹⁸ o el complejo mauritano¹⁹, por la otra. Por tanto, la Corte no comprobó que existieran vínculos jurídicos capaces de modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en lo que se refiere a la descolonización del Sáhara Occidental y, en particu-

¹⁸ Como prueba de su ejercicio de soberanía en el Sahara Occidental, Marruecos invocó presuntos actos de ejercicio interno de la autoridad marroquí, asimismo invocaba ciertos actos internacionales que presuntamente constituían el reconocimiento de otros Estados de su soberanía sobre la totalidad o parte del Sáhara Occidental. Sin embargo, la Corte resolvió que ni los actos internos ni los internacionales en que se basaba Marruecos indicaban, en el período pertinente, la existencia o el reconocimiento internacional de vínculos jurídicos de soberanía territorial ya que no demostraban que Marruecos ejerciera ninguna actividad estatal efectiva y exclusiva en el Sáhara Occidental.

¹⁹ El término "complejo mauritano" denota la entidad cultural, geográfica y social dentro de la cual había de crearse la República Islámica de Mauritania. Estaba constituido por emiratos y grupos tribales caracterizado por un idioma, un modo de vida, una religión y un sistema de leyes comunes. La Corte revela que, si bien existían muchos vínculos de índole racial, lingüística, religiosa, cultural y económica, los emiratos y las tribus que formaban el complejo mauritano eran independientes unos de otros y no tenían instituciones u órganos comunes; por tanto, la Corte concluye que, en el momento de la colonización por España no existía ningún vínculo de soberanía, o de lealtad de tribus, o de simple inclusión en la misma entidad jurídica.

lar, a la aplicación del principio de la libre determinación mediante la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio.

Por tanto, debido a que la Corte no reconoció vínculos jurídicos sobre el territorio del Sahara Occidental a Marruecos ni a Mauritania, quedaba claro que la ocupación hecha por estas naciones es contraria al derecho internacional.

De esta manera, mediante la res. 33/31 A, de la Asamblea General del 13 de diciembre de 1978, *Recordando* la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia el 16 de octubre de 1975 sobre la cuestión del Sáhara Occidental, en relación especialmente con el principio del derecho del pueblo del Sáhara Occidental a la libre determinación.

La Asamblea General es enfática toda vez que "reafirma el derecho inalienable del pueblo del Sáhara Occidental a la libre determinación y a la independencia".

Llama la atención que la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) no haya presentado una reclamación ante la Corte Internacional de Justicia, debido a que proclamó formalmente su independencia el 27 de febrero de 1976 (un día después del retiro de España de ese territorio); sin embargo, pudo y podría hacerlo, al ya constituir un Estado independiente reconocido por mas de 70 naciones, de conformidad con los artículos 93.2 de la Carta de la ONU y 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

d) La lucha del pueblo saharauí por la vía bélica.

Debido a que las negociaciones por la vía pacífica han resultado infructuosas, tal vez la única vía que le ha sido más efectiva a la RASD para defender su derecho a la libre determinación es mediante el ejercicio de la acción bélica.

Cabe recordar que, el artículo 1.4 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I)²⁰ señala que:

Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Dicho artículo reconoce tres situaciones de lo que se denomina "luchas de liberación", que son:

- a) Luchas contra la dominación colonial,
- b) Luchas contra la ocupación extranjera, y
- c) Luchas contra los regímenes racistas.

Por tanto, la lucha armada sostenida por el Frente POLISARIO es una lucha de liberación nacional, sujetas, de conformidad con el artículo 1.4 del Protocolo I, a las normas aplicables a los conflictos

20 El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 10 de marzo de 1983 y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el de abril de 1983.

armados de carácter internacional, es decir, a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949²¹ y al Protocolo Adicional I.

Por lo anterior, dicha lucha está sujeta también al principio de proporcionalidad, toda vez que la lucha ha sido desproporcionada por parte de Marruecos hacia el pueblo saharavi.

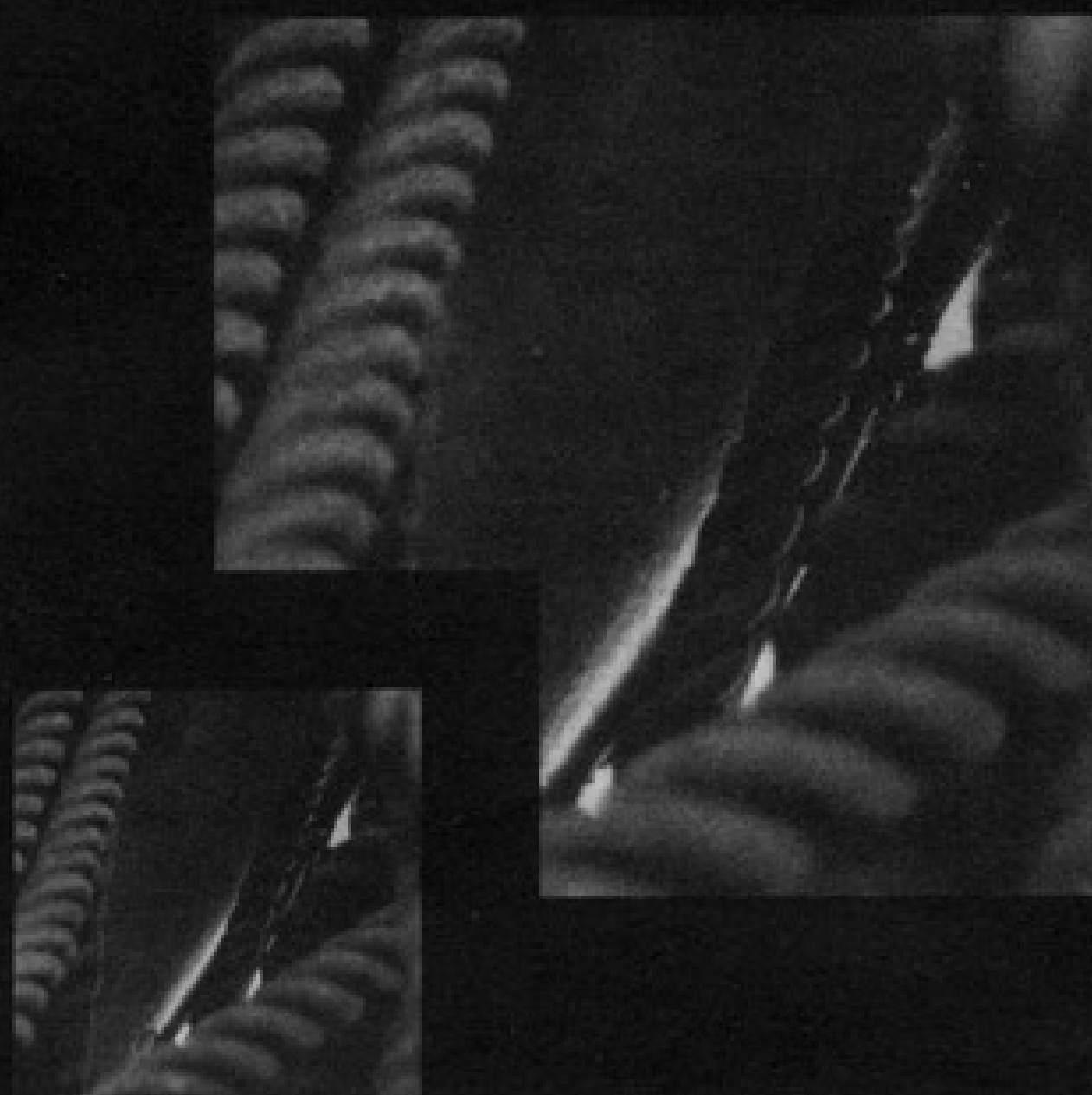
3. SOLUCIÓN DE LEGE FERENDA.

Ante la posibilidad de optar por la vía pacífica o por la vía bélica para la defensa de su derecho a la libre determinación, tal vez el único recuso por la vía pacífica es una demanda ante la Corte Internacional de Justicia; sin embargo, debido a notable reticencia de Marruecos de acatar las resoluciones dictadas tanto por la Asamblea General como del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ésta vía no sea la mas adecuada.

La vía bélica ha constituido por ahora, tal vez el medio más efectivo para procurar hacer respetar su soberanía e identidad, sin embargo, como ya se ha comentado, dicha lucha no ha sido proporcional en los métodos y medios de guerra empleados.

Tal vez, la única vía plausible sería la presión internacional por parte de la comunidad de naciones, en apoyo a la lucha de la RASD por su libre determinación. Asimismo, cabe señalar que el pueblo saharavi siempre se ha definido como un pueblo amante de la paz, por lo que, continúan sus negociaciones con Marruecos para dar fin a éste conflicto.

21 Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III); Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV). Todos ellos fueron ratificados por el Gobierno de México el 29 de octubre de 1952 y publicados en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 23 de junio de 1953.



PRINCIPADO

De la carta de derechos a la formación de una esfera pública europea

Luigi Ferrajoli

Catedrático de la Universidad de Roma, Italia

Traducción de Miguel Carbonell

1

Escepticismo constitucional.

La cuestión previa que toda discusión sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales es si para ella, o incluso más para una Constitución europea formal, existen o no los presupuestos políticos, sociales y culturales. "Así como no existe una lengua europea -ha afirmado por ejemplo Claus Offe- no existe tampoco una esfera pública europea", al no existir una sociedad europea, ni un sentido de pertenencia a Europa parangonable al sentido de pertenencia a los Estados nacionales. Prevalecerían las diferencias y las desconfianzas entre pueblos tienen a sus espaldas, además de una larga historia de guerras, tradiciones religiosas y culturales diversas, diferentes condiciones económicas y diferentes intereses nacionales. A su vez, Dieter Grimm y Massimo Luciani han repropuesto sus tesis sobre la inoportunidad -en ausencia de un pueblo europeo, o por lo menos de una suficiente homogeneidad cultural en los diversos países de Europa- de dar vida a una Constitución europea. Esa Constitución sería de hecho no deseable e incluso ilegítima, a causa de la falta de vínculos pre-políticos que solamente provienen de la existencia de una opinión pública y de una sociedad civil que puedan permitir una discusión pública de nivel europeo¹. Existirían en suma, según estos autores, un nexo fuerte, ya sea histórico o axiológico, entre Constitución, Estado y pueblo. No existiría una sociedad civil, dice Offe, sin Estado. No sería posible ni siquiera deseable, afirma Grimm, una Constitución europea sin la transformación de Europa en un super-Estado. Solo el voto popular a través de un referéndum o de una asamblea constituyente, agrega Philippe Schmitter, podría legitimar una plena constitucionalización de Europa.

Son estos nexos a los que intento aquí contestar. E intento contestarlos sobre ambos planos en los que, a menudo de forma promiscua, son normalmente instituidos: sobre el plano empírico o factual y sobre el plano filosófico-político o axiológico. Ciertamente, el proceso constituyente de Europa

1. D. Grimm, "Una Costituzione per l'Europa" en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (editores), *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 339-367; M. Luciani, "La costruzione giuridica della cittadinanza europea" en G. M. Cazzaniga (editor), *Metamorfosi della sovranità. Tra Stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Pisa, ETS, 1999, pp. 89-96; id., "Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea" en G. Bonacchi (editor), *Verso la costituzione europea. Una costituzione senza Stato. Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Bolonia, Il Mulino, 2001, pp. 71-87.

está siguiendo un camino del todo nuevo, que no tiene precedentes en la historia y que es profundamente diferente del que se ha seguido en la formación de los Estados nacionales: sus actos constituyentes han estado hasta ahora, y lo seguirán probablemente estando, más los Tratados entre Estados que las votaciones de asambleas constituyentes o los pronunciamientos populares, de tipo referendario o plebiscitario. Debemos sin embargo interrogarnos sobre dos cuestiones, que pertenecen ambas a la concepción que en el plano de la teoría del derecho y de la filosofía política tenemos de la Constitución: en primer lugar, si en el origen de nuestras actuales Constituciones nacionales haya existido en verdad el consenso, o por lo menos la adhesión de "naciones" o "pueblos" o "sociedades civiles" homogéneas; en segundo lugar, si la existencia de ese consenso o solamente de una cierta homogeneidad social o nacional sea un presupuesto necesario de la legitimidad, además que de la efectividad, de una Carta constitucional.

Opondré por tanto, a las tesis escépticas sobre la oportunidad y/o la legitimidad de una Constitución europea, dos órdenes de consideraciones, relativas ambas a la relación entre Constitución y sociedad: una, de hecho, relativa a la cuestión fenomenológica de la existencia, en los orígenes y en la base de las Constituciones nacionales, de un "pueblo" dotado de cierta homogeneidad social, hecha de tradiciones comunes, de cultura y de valores compartidos; la otra, más propiamente filosófico-política, relativa a la cuestión axiológica de si sea la existencia, o más bien la inexistencia, de esa homogeneidad social la principal razón o justificación de una Constitución.

2. Constitución y pueblo. Una cuestión de hecho.

Las consideraciones de hecho se refieren al grado de homogeneidad social y cultural que existió en los orígenes de nuestros Estados nacionales y que permitiría hablar de los correspondientes pueblos europeos como sujetos dotados de una identidad relativamente unitaria. Pues bien, pienso que nada autoriza a afirmar que en la Francia o en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII, ni tampoco en la Alemania o en la Italia del siglo XIX, hayan existido vínculos prepolíticos e identidades colectivas -de lengua, de cultura, de intereses, de común lealtad política- idóneos para juntas campos y ciudades, campesinos y burgueses, trabajadores y empresarios, masas analfabetas y clases profesionales e intelectuales. Ni siquiera podemos suponer que haya existido, en cada uno de esos países, una opinión pública nacional o por lo menos una homogeneidad social mayor a la que hoy existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo. Y todavía más arriesgado sería suponer que en torno a los valores establecidos por las Cartas constitucionales, incluyendo los derechos más elementales, haya existido, o incluso exista actualmente, un consenso mayoritario. Un referéndum a favor de la libertad de conciencia o de las garantías penales y procesales que se hubiera convocado en los tiempos de Cesare Beccaria o de la Revolución Francesa no habría desde luego recogido muchos consensos. Todavía hoy debemos temer una votación popular sobre los derechos sociales o sobre la pena de muerte.

El sentido cívico y de común pertenencia, así como el consenso en torno a valores políticos compartidos que hoy podemos encontrar en nuestros países parece más bien un efecto que una precondición de la formación de nuestros Estados unitarios y de sus Constituciones. Intento afirmar que

los "pueblos" y las "naciones" europeos y sus tradiciones han sido una invención de los dos o tres siglos pasados, fruto de voluntades constituyentes y de convenciones constitucionales, así como de los Estados nacionales y de sus instituciones jurídicas. Y no se ve porqué la construcción de un sentido común de pertenencia a una Europa caracterizada por un mismo patrimonio constitucional -sufragio universal, separación de poderes y derechos fundamentales- sea hoy más difícil o más improbable de lo que fue el proceso de formación de los Estados nacionales y no deba de todos modos solicitar la responsabilidad civil de la cultura jurídica y politológica.

Debemos entonces preguntarnos: ¿cómo se afirman y cómo se radican en el sentido común los principios y los valores de un pacto constitucional de convivencia? ¿antes o después de su formalización en una Carta constitucional? En otras palabras, ¿la formación de una esfera pública y de una sociedad civil precede o es consecuencia, de hecho, de la estipulación de una Constitución? Para responder a estas preguntas es oportuno precisar qué debemos por "esfera pública". Se trata, como sabemos, de una expresión utilizada con múltiples significados. En el sentido hoy más difundido, teorizado por Jürgen Habermas, se refiere a la esfera de la acción comunicativa, y precisamente de la comunicación pública. Para los fines de nuestra discusión, por el contrario, la entenderé en el sentido, parcialmente distinto y más propiamente jurídico, contenido en la clásica definición de Ulpiano: "*publicum est quod ad utilitatem rei publicae pertinet, privatum quod ad utilitatem singulorum*"². "Esfera pública", en este sentido, es el lugar de la política, que se refiere a los intereses de todos, en oposición a la "esfera privada", que se refiere al interés de los individuos y por tanto es el lugar privilegiado de la economía. Pero los intereses de todos sobre antes que nada los que están reconocidos como derechos de todos, o sea como derechos universales y por tanto fundamentales. Su esfera equivale, consecuentemente, a la esfera de la igualdad, que como dice el artículo 1 de la Declaración de 1789 es una *égalité en droits*, obviamente fundamentales, en oposición a la esfera privada, que es la esfera de los derechos individuales ("*diritti singolari*"), o sea patrimoniales, y por tanto de las desigualdades y de las diferencias³.

Es claro que, entendida en este sentido, la esfera pública se conforma -y, en este sentido, es fundada- solo en el momento en el que los asociados, aunque sean diferentes e incluso hostiles, pueden reconocerse como iguales, o sea como titulares de iguales derechos. Es constituida, en otras palabras, justamente con el pacto constitucionales en el que se acuerda la igualdad, es decir la tutela de los intereses de todos que como se ha dicho son los derechos fundamentales. Es en esta artificialidad y convencionalidad donde reside su carácter distintivo respecto a la esfera privada; la cual, consistiendo sobre todo en esos intereses de los individuos que son los derechos patrimoniales, no está fundada por ningún acto constituyente sino que coincide, en muy buena medida, con el mercado. Por esto, podemos afirmar que no existe una esfera pública europea mientras Europa sea -o haya sido hasta ahora-, simplemente un Mercado común, es decir una unión económica y monetaria; y que la esfera pública es creada, precisamente, por la estipulación de la igual-

2 "*Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*" (D. 1.1.1.2).

3 Remito, sobre estos temas, a los trabajos *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001 y "*Per una sfera pubblica del mondo*", *Teoria Politica*, XVII, número 3, 2001, pp. 3-21.

dad en esos derechos iguales, en tanto que de todos, que son los derechos fundamentales. Intento decir que la tesis vagamente comunitaria que está en las espaldas del escepticismo de quien asocia Constitución, esfera pública y homogeneidad social debería derribarse: en ambos planos, fenomenológico y axiológico, que he ya distinguido.

En el plano fenomenológico, justamente la formación histórica del Estado moderno ha demostrado la existencia de una interacción compleja entre sentido común de pertenencia e instituciones jurídicas, entre unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad. Es ciertamente verdad que un cierto grado de cohesión social y prepolítica y de alguna identidad colectiva representan los más seguros factores, si no de la legitimidad, al menos de la efectividad de toda Constitución y por tanto también de una Carta europea de los derechos. Pero es todavía más cierto lo contrario: es sobre la igualdad en derechos, como garantía de todas las diferencias de identidad personal, que madura la percepción de los asociados como iguales; y es en la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales que madura el sentido de pertenencia e identidad colectiva de una comunidad política. Es justamente la Constitución, en suma, es decir la igualdad en derechos, el presupuesto del reconocimiento de los otros como "iguales" y por tanto el principal factor, más allá que la identidad colectiva, de la esfera pública. Recordemos el paradigma hobbesiano: se entra en la sociedad civil y se sale del estado de naturaleza con el contrato social, o sea con el pacto de convivencia que define y al la vez constituye la esfera pública, es decir la esfera de los intereses vitales de todos, comenzando por el derecho a la vida. Es más: para los fines de la formación de la esfera pública en el sentido aquí expuesto, igualdad y garantía de los derechos son condiciones no solamente necesarias, sino también suficientes; son de hecho lo único que se requiere para la formación de identidades colectivas que se quieran fundar en el recíproco respeto en vez de sobre las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas, o nacionales, o religiosas o lingüísticas.

3. Constitución y esfera pública. Una cuestión axiológica.

Paso así a la segunda cuestión enunciada al principio: la filosófico-política sobre el papel y por tanto sobre el fundamento axiológico de la Constitución. ¿Si las Constituciones no siempre, ni necesariamente, tienen sobre la espalda una esfera pública y una sociedad civil ya formadas -o sea una cohesión prepolítica y una comunidad de valores, de intereses y tradiciones- sobre qué se funda su legitimidad? Si no lo son el consenso ni la homogeneidad social y cultural, ¿cuál es la fuente de legitimación de una Constitución? Entre esfera pública y sociedad civil, por un lado, y Constitución por otro, como se ha dicho, existe, en el plano fenomenológico, una interacción compleja, a partir de la cual las primeras son más bien el efecto que el presupuesto de la segunda. ¿Cuál es su relación en el plano axiológico? Creo que también, incluso sobre todo, en este plano la relación que comúnmente se ha instituido entre Constitución y esfera pública, entre pacto constituyente y pueblo, debe ser abandonada.

Viene aquí la cuestión de la naturaleza y la función de las Constituciones. Tengo la impresión que detrás de la idea dominante en la cultura iuspublicista de que las Constituciones son el reflejo de una cierta homogeneidad social -que presuponen un demos y una voluntad o un consenso popu-

lar como fuente de su legitimidad, además de como fuente de su efectividad- existe una concepción organicista y metafísica del cuerpo social y de su relación con las instituciones políticas que se resuelve en un desconocimiento, o cuando menos en un debilitamiento, de su papel garantista. Se trata de una concepción anti-iluminista, de la que son reconocibles los antecedentes en la ius-publicística alemana del siglo XIX y luego en el pensamiento de Carl Schmitt, que definió la Constitución como una expresión de la "unidad política del pueblo", o bien como un acto que "constituye la forma y el tipo de la unidad política, cuya existencia es presupuesta"⁴.

Creo por el contrario que en una perspectiva garantista las Constituciones deben ser entendidas, hobbesianamente, como pactos de convivencia, tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a regular. No sirven, por tanto, para representar la común voluntad de un pueblo, o para recoger una cierta homogeneidad o identidad colectiva o sentido común de pertenencia, sino para garantizar los derechos de todos, incluso contra la mayoría, y por tanto para asegurar la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. Son, en suma, pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos fundamentales de todos, tanto más esenciales cuando mayores, por las fuertes desigualdades y diferencias, son los peligros de guerra o atropellos.

Es claro que, entendidas de este modo, las Constituciones no tienen su principal fuente de legitimación en el consenso popular. Obviamente una Constitución rige, funciona, si está radicada en el sentido común y en un común sentir. Si sus principios y sus valores no son socialmente compartidos, es evidente que no tendrá fuerza vinculante ni estará destinada a durar. Pero este sentido común, este consenso, y por ello la homogeneidad cultural en ellos contenida, son circunstancias de hecho, las cuales fundamentan la efectividad de la Constitución, que es igualmente una cuestión de hecho y no ya de valor. La legitimidad, por el contrario, es una cuestión de valor, ligada no tanto al grado de consenso, que es una circunstancia de hecho, sino justamente a un valor: precisamente al valor de la igualdad, satisfecho por la forma de los derechos fundamentales que la Constitución confiere a todos, cualquiera que sean sus opiniones y voluntades, y que son por tanto, en este sentido, "universales": en el sentido de su universal titularidad en cada uno y por tanto en todos, y no en el sentido de que en torno a ellos existiría un improbable y quizá imposible consenso universal.

Es por tanto en este sentido, referido a los contenidos -los derechos de todos, y por tanto de todo el pueblo- que las cartas de los derechos son intrínsecamente "democráticas". Lo son en el sentido de que los derechos fundamentales, estando sobre-ordenados a cualquier poder normativo, equivalen a fragmentos de soberanía pertenecientes a todos y a cada uno. El fundamento de su legitimidad, diferente del de las leyes ordinarias y de las decisiones de gobierno, no es por tanto la *forma* de su producción, sino más bien su *contenido* o su *sustancia*; no el consenso de la mayoría, sino un valor todavía más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales de todos, estipulados como límites y vínculos precisamente a las decisiones de las contingentes mayorías y, a la vez, como factores constitutivos

4 Carl Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 15 y p. 39; cfr. también pp. 313 y ss. Para una crítica más analítica de estas tesis remito a *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 172-180, 329-338 y 362-371.

de una esfera pública democrática. Una Constitución, en breve, es democrática no tanto porque es querida por todos, sino porque sirve para garantizar a todos.

Es por otro lado evidente que las dos cuestiones –la de hecho sobre la efectividad y la valorativa sobre la legitimidad y justificación de las Constituciones– aunque son del todo diversas, están entre ellas conectadas. Los principios y los derechos establecidos por una Constitución, de hecho, son entidades lingüísticas. Funcionan como normas solo si su sentido es generalmente compartido y tomado en serio por sus destinatarios. Crear consenso en torno a ellas es por lo demás el único modo de defenderlas. Inversamente, se convierten en nada, sin formales golpes de Estado, si son removidas del sentido común y de hecho negadas y violadas sin que su violación suscite disenso, indignación o rebelión. Peor este consenso no es un fenómeno natural. Es generado también por la ciencia jurídica, y por tanto por la cultura política: es decir por el hecho de que esos principios y esos derechos sean por asumidos como “valores” y en conjunto como “razones” o “justificaciones” de la convivencia civil. En este sentido la cultura jurídica y política tiene en relación con las Constituciones y con su valor normativo un papel no solamente cognoscitivo, sino por así decirlo constitutivo y performativo, del que conlleva el mérito y la responsabilidad. Los juristas forman parte del objeto sobre el que indagan y contribuyen a formarlo. Existe, en suma, una circularidad entre Constitución y sentido común: las Constituciones producen sentido común; este, a su vez, representa de hecho su principal sostén.

4. Viejos y nuevos derechos en la Carta europea.

De ahí la extrema importancia de la Carta de derechos europea aprobada en Niza en diciembre del 2000. Para los fines de la creación de una esfera pública como esfera de la igualdad y lugar de la política, así como de sentido común de pertenencia, lo que cuenta, más que la institución de un improbable y ni siquiera ausplicable super-Estado europeo, es precisamente la estipulación de derechos fundamentales en favor de todos los europeos. Es este sentimiento de la igualdad y de la comunidad en los derechos, me parece, lo que crea la cohesión política y la identidad colectiva, y no viceversa. Por otro lado, si es verdad, como lo ha observado Massimo Luciani, que cuanto más extendida está la institución política y mayores son las diferencias de orden histórico y cultural que en ella conviven, tanto más improbable y secundaria es la representatividad de sus órganos de gobierno, es también verdad que tanto más importante se hace entonces la garantía de los derechos fundamentales como límites negativos y vínculos positivos a la esfera de la política; que tanto más restringida debe ser por ello la que he llamado “esfera de lo decidible” propia de la política y tanto más extendida debe ser la de lo “indecidible (que sí o que no)”, es decir de los derechos, de libertad o sociales, que deben ser garantizados a todos⁵. Esto quiere decir que tanto más reducida debe ser la esfera de competencia de la democracia política, o sea de los órganos políticamente representativos, y tanto más articulado y desarrollado debe ser el paradigma del Estado constitucional de derecho, esto es la sujeción a la ley y por tanto a los derechos fundamentales tanto de la Unión co-

⁵ He llamado “esfera de lo no decidible (que sí o que no)” a la dimensión constitucional de la democracia, identificada a su vez por los derechos fundamentales y por los correlativos límites y vínculos que circunscriben la “esfera de lo decidible”, o sea la dimensión y el espacio de la democracia política (en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 35-40 y 339-355).

mo de cada uno de los Estados que la conforman. El caso extremo es el ordenamiento internacional. Una democracia representativa a nivel planetario basada sobre el principio una cabeza/un voto no tendría mucho sentido ni valor. En este nivel, de hecho, más que las funciones políticas de gobierno, que no tendría sentido sustraer a la competencia de los Estados, son esenciales las funciones y las instituciones de garantía de la paz y de los derechos fundamentales, es decir esas precondiciones de la democracia que son justamente establecidas por las Constituciones. Pero vale también, evidentemente, por lo que se refiere a la integración europea, que será tanto más legítima además de efectiva en cuanto pueda garantizar los derechos de todos los ciudadanos europeos.

Bajo estos aspectos, la Carta de derecho aprobada en Niza colma una insostenible laguna. Como ha observado Giacomo Marramao, tiene alguna cosa más y alguna menos respecto a las Constituciones nacionales, incluida la italiana. Tiene de más una formulación más completa y precisa de los derechos de última generación, relativos a la persona, al cuerpo y a la bioética. Pensemos en la mejor tutela de la intimidad (*privacy*) y en la afirmación del derecho de acceso a los datos de carácter personal previsto por los artículos 7 y 8; en el importante artículo 3 que establece, además del derecho de todo individuo a la integridad física y psíquica, el deber de la práctica médica de informar y obtener el consenso de la persona interesada sobre las curaciones e intervenciones que la afectan, así como la prohibición de las prácticas eugenésicas, de la clonación reproductiva de seres humanos y de cualquier mercantilización de partes del cuerpo humano; en la tutela del medio ambiente impuesta por el artículo 37; en los derechos de la persona frente a la administración establecidos por el artículo 41, como los de "ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente", de "acceder al expediente que le afecte", así como a la "reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones"; en las garantías penales y procesales establecidas por los artículos 48-50, desde el principio de legalidad y proporcionalidad de las penas al *ne bis in idem*, desde la presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario y a los derechos de defensa; en fin, en la prohibición incondicionada de la pena de muerte y la tortura, que bastaría por sí sola, si es que va a servir para salvar la vida de un turco o de un kurdo, para dar valor a esta Carta.

Pero hay también, en la Carta, muchas cosas menos respecto por ejemplo a la Constitución italiana. El límite más grave es la falta del solemne repudio a la guerra, sustituido por un genérico empeño a "compartir un futuro de paz". Por lo que hace a los derechos sociales, hubiera sido oportuna una formulación más precisa. Y sin embargo hay en la Carta un sistema de garantías, sobre el trabajo y los derechos sociales, en algunos aspectos incluso más eficaz que el existente en las Constituciones nacionales.

Así por ejemplo, aunque no se haya previsto un "derecho al trabajo" si no solamente -cuestión bien distinta y del todo obvia- "el derecho de trabajar y de ejercer una profesión libremente elegida", hay en la Carta una norma, el artículo 30, que prevé el derecho, sobre el que no habla por el contrario ni siquiera nuestra Constitución (italiana), "a la protección frente a cualquier despido injustificado": lo cual no es poco en los tiempos de triunfante flexibilidad. Si una norma parecida hubiera existido en la Constitución italiana, no hubieran sido necesarios los referéndums de los radicales y luego las sucesivas adiciones al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Son además garanti-

zados, por los artículos 27, 28 y 31, el derechos de los trabajadores a “la información y a la consulta en el ámbito de la empresa” y a “condiciones de trabajo sanas, seguras y dignas”, su derecho a realizar contratos colectivos y de recurrir a acciones de defensa de sus intereses incluyendo la huelga, así como todos los clásicos derechos sobre el descanso, vacaciones y seguridad social. Aunque falte en esta Carta una formulación del principio de igualdad sustancial análoga a la contenida en el artículo 3 de la Constitución italiana, hay en ella, junto a las normas sobre la prohibición de las discriminaciones (artículo 21) y sobre el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística (artículo 22), una norma, el artículo 34, que impone a la Unión “el fin de combatir la exclusión social y la pobreza”, para lo cual se reconoce “el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”: en suma, una suerte de derecho a la vivienda que no contiene la Constitución italiana. No solo. Está explícitamente prevista, en el artículo 23 sobre la paridad entre hombres y mujeres, la posibilidad de las acciones positivas, que fue por el contrario excluida en materia de candidaturas políticas por la Corte Constitucional italiana en contra del deber, establecido en el artículo 3 de la Constitución, de remover los obstáculos que se oponen a una efectiva igualdad.

Conforme al principio de igualdad, el artículo 34 extiende los derechos sociales a “Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión”, incluyendo por tanto a todos los inmigrantes; y el párrafo tercero del artículo 15 establece que los inmigrantes “tienen derechos a condiciones de trabajo equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”. Finalmente, se afirma la justiciabilidad de todos los derechos, tanto de libertad como sociales: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados”, dice el artículo 47, “tiene derecho a la tutela judicial efectiva” de todas las clásicas garantías, incluido el derecho de defensa a costa del Estado para quienes no tengan recursos.

Por otra parte, sobre los límites de la Carta, existe en ella una norma, el artículo 53, que establece que “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos” por otras cartas y convenciones europeas o por las Constituciones de los Estados miembros. Se aplica, en suma, la protección constitucional más favorable. No se puede compartir la opinión de quienes han sostenido que muchos de los derechos establecidos en la Carta –los artículos 27, 30, 34 y 36– quedarían vaciados por el reenvío, en cuanto a las “condiciones” y “modalidades” de su tutela, “al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”: ésta fórmula debe leerse junto al artículo 52, que requiere que “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades”.

5. Carta Europea y sistema de fuentes.

Concluyo con un último orden de consideraciones. Esta Carta y el proceso constituyente por ella encaminado son importante no solamente porque son necesarios para la creación de una esfera pública europea, sino también porque sirven para colmar un déficit de principios constitucionales que ya no es sostenible sino al precio de gravísimas aporías.

Debemos de hecho reconocer que las Constituciones estatales no bastan ya para garantizar la igualdad y los derechos en ellas establecidos. Buena parte de las normas de nuestros ordenamientos tienen actualmente su base en el derecho comunitario, del que la Corte de Justicia de Luxemburgo ha afirmado su supremacía sobre las fuentes de derecho interno de los Estados. Gran parte de los lugares y de los poderes decisionales se han por tanto trasladado a sedes externas a los confines nacionales, hasta ahora sustraídas tanto a controles parlamentarios como a juicios de ilegitimidad constitucional. De ahí la necesidad de subordinar estas nuevas fuentes y estos nuevos poderes a vínculos constitucionales de su propio nivel dirigidos a salvaguardar los principios del Estado de derecho, que no admiten poderes absolutos, evitando así conflictos insolubles entre Constituciones y jurisdicciones estatales y ordenamiento y jurisdicción comunitaria. Sin contar, por lo que respecta a Italia, que nuestra Constitución no goza de buena salud y está expuesta, hoy más que nunca, a riesgos de manipulación sobre todo en materia de derechos sociales.

Esta Carta (y, en prospectiva, una verdadera Constitución europea) es esencial no solo porque introduce límites y vínculos a los órganos decisionales europeos de los que proviene actualmente gran parte de nuestro derecho, sino también porque contiene derechos y garantías que corren el riesgo de venir a menos en caso de manipulación de la Constitución italiana. La Carta será una barrera contra estas posibles manipulaciones, sirviendo para fundar un sentido común -un mínimo común denominador- en materia de derechos y Constitución, al que será mucho más difícil incluso para nuestras derechas sustraerse. Representa en suma un antídoto contra los riesgos futuros creados en toda Europa por el desarrollo de populismo étnicos y xenófobos, por las pequeñas patrias, por los resurgimientos fascistas, por las intromisiones católicas, por las políticas y las ideologías neoliberales. Y es esencial también a la vista de la extensión de Europa, ya que sirve para fijar parámetros mínimo -desde la prohibición de la pena de muerte hasta los derechos sociales y del trabajo- para los países que intentan entrar en la Unión. Son precisamente estos parámetros, por otro lado, los que sirven para diseñar un modelo de Europa alternativo al modelo americano.

En el peor de los casos, si alguna crítica se puede hacer a esta Carta, es su falta de inclusión en los Tratados y por tanto su no clara colocación en la jerarquía de las fuentes y su incierta fuerza vinculante. Queda sin embargo su valor como primer momento del proceso constituyente. El proceso de integración europea, avanzado hasta ahora solamente en el terreno económico y monetario, es de hecho irreversible. No podemos ilusionarnos pensando que los mercados y las economías se retirarán hacia los confines de sus Estados nacionales. A falta de una Constitución europea, existe un vacío de derecho público, tanto por lo que se refiere a los poderes políticos de los órganos de la Unión, como por lo que hace a los poderes económicos del mercado. De ahí la urgencia de llenar ese vacío de derechos con la estipulación de límites y vínculos a la acción de unos y de otros; y por tanto de considerar a esta Carta como un paso todavía tímido y sin embargo necesario, dotado de un alto valor simbólico, en el proceso, que no se puede dar por descontado, de construcción de una democracia europea alternativa al tendencial neoabsolutismo tanto de los poderes políticos como de los económicos.

¿Qué es la ilustración?

Manuel Campero

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

En las próximas líneas, lo que pretendo es que podamos entender el sentido que tiene la ilustración y lo bueno que de esto podemos obtener. Para ello, primero que nada, quiero aclarar que me estaré basando en el pensamiento de Immanuel Kant, en concreto en una de sus obras titulada: *¿Qué es la ilustración?*

El autor comienza con una frase que, a mi juicio, goza de alta importancia: "La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad." Es una liberación, es decir, el hecho de deshacernos de algo que considera malo. Según el criterio del alemán, estamos desatados de determinada realidad que nos había gobernado hasta entonces. Con la palabra *incapacidad*, debemos de entender que es la imposibilidad de poder servirnos de nuestra inteligencia sin que sea ésta guiada por otro; aquí probablemente se encuentre la esencia de lo que quisiera abordar en los próximos renglones. El hombre es culpable de esto, simplemente por una razón: no reside el problema del que hablamos en la falta de inteligencia, sino que descansa sobre la evidente ausencia de decisión y del valor necesario para poder servirse de ella sin que sea tutelada en todo momento por otros. "¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!", dice el lema de la Ilustración. Kant claramente nos reputa como incapaces de superar esa pereza y esa cobardía que nos han invadido por mucho tiempo. Por ello, hemos continuado con ese grado de *pupilos*, sin darnos cuenta de que la naturaleza nos ha librado de tutela ajena. ¡Qué complicado puede llegar a ser salir de esta incapacidad para cualquier ser humano! El autor incluso la llama *segunda naturaleza*. Con el paso del tiempo, nos hemos encontrado en situación de cobrarle afición... ya nos sentimos incapaces de utilizar nuestra propia razón... nunca se nos ha permitido "iniciar la aventura". Muy pocos, a la luz del teutón, han sido los que logran superar esa incapacidad y salen adelante con el paso normal. Atribuye el anterior asunto a que sería un cambio brusco, una ruptura fuerte que nos impactaría.

Por primera vez en el texto, me permito cuestionar a Kant: ¿Cómo es posible fiarnos ciegamente de nuestra razón? ¿No podrá traer consecuencias inimaginables? Para Kant estamos impidiendo un "ir hacia delante" natural, cree que nos estamos oponiendo a un progreso de tal corte. ¿Podremos confiar en nuestra razón tanto como él propone? Sin querer decir que todo lo dicho por el autor a este respecto sea tonto, creo que no podemos asimilarlo de modo tajante y radical. Alguna validez tendrá, seguramente, lo que han dicho pensadores, filósofos y científicos anteriores, que a su vez nos servirá como base de pensamientos que llevemos a cabo. ¿Será correcto cuestionar constantemente y sin medida, a pensadores que seguramente fueron más brillantes que nosotros? Bien diría cualquier persona inteligente y con un mínimo de sentido común, que no es necesario su-

bir una escalera desde el primer escalón, cuando éste ha sido ya subido por otros... será mejor y más efectivo que comencemos desde el lugar donde se han quedado los últimos. Aquí cabe otra afirmación de mi parte: es importantísimo cuestionar todas las cosas que lleguen a nosotros, sería un grave error recibir cualquier clase de información ciegamente, lo cual me parece en cierta medida diferente de lo dictado por Kant. No pienso que nuestra razón sea infinitamente poderosa y perfecta, sin embargo, el mundo está invadido, hasta la fecha, de este fenómeno que le invita a calificar como válida cualquier cosa dicha por otro. A mi juicio, lo correcto es llegar al acuerdo de sabernos falibles y limitados y, sin embargo, cuestionar en la medida de lo posible todo lo que se nos diga o se nos cuente. Si así fuera, encontraríamos un problema: no podemos cuestionarnos órdenes que debemos obedecer o, mejor dicho, hay cosas que debemos hacer y aunque las cuestionásemos, las debiésemos obedecer. Se preguntaría Kant: ¿Cómo podemos combinar esa necesidad de libertad, de poder cuestionar las cosas, con la existencia de la obligación? De inmediato surgirían las voces populares que dictarían: *razonad tanto como sea necesario, pero obedeced*. Kant, al respecto, tiene una respuesta clara: el *uso privado* y el *uso público* de la razón. Agotemos el primero. Entendamos por *uso privado* de la razón cuando existe una utilización de la misma en un determinado puesto o situación, que nos limite la expresión. Ahora me explico: hay diferentes momentos y circunstancias que ponen a las personas en ocasión de transmitir el uso de la razón a los demás. Tal será el caso de un maestro, de un funcionario público. En los casos que cito, veremos cómo las personas quedarían obligadas a razonar como al "jefe" le conviene o desea. El profesor tendrá que enseñar a los alumnos lo que la escuela le mande. No podrá criticar o cuestionar evento alguno ante los alumnos pues corre el peligro de sufrir una expulsión de la institución. Una autoridad del gobierno, por ejemplo un policía, tendrá que hacer lo que se le diga sin poder cuestionarlo o dudarlo. Aunque tal o cual cosa sea considerada por él como mala, deberá seguirla haciendo... estaremos en presencia del *uso privado* de la razón. Cuando nos encontramos con el *uso público* de la razón, veremos la utilización de la misma en un contexto de total libertad de expresión. Pongo un ejemplo: algún autor de un libro que transmita libremente a todos lo que él piensa, sin límite alguno. En el *uso público* de la razón, veremos lo que se mencionaba anteriormente: la posibilidad de cuestionarnos las cosas y de comentar las críticas que a ello correspondan. Resumo la solución que plantea Kant: debemos de cuestionarnos las cosas y de dudar racionalmente de lo que se nos diga. No podemos creer todo a ciegas. Para esto propone que haya un *uso privado* de la razón en el que podamos razonar pero obedecer. Podremos pensar lo que queramos y cuestionarnos todo, incluso dudar de la validez de órdenes y deberes mientras obedecemos. En segundo lugar, está el *uso público* de la razón en el que se plantea un razonamiento libre totalmente.

Finalmente, después de haber expuesto lo mencionado por el alemán, daré lugar a una crítica. En primer lugar, como antes había ya dicho, creo que es brillante lo que nos quiere enseñar Kant, sin embargo, tiene, desde mi punto de vista, algunos errores y puntos débiles en su tesis. Hoy vivimos en un mundo flojo y perezoso y que, como dice el alemán, ponemos a nuestra mente en una situación de total permeabilidad ante lo que cualquier bestia llegue a balbucear. Esto hace que caiga-

mos frecuentemente en el error. Cabe destacar, en este momento, un caso que a nosotros como estudiantes nos importa. Día a día, somos oyentes de lo que todos nuestros maestros enseñan. ¿Es cierto lo dicho por ellos, simplemente porque es dicho por ellos? Evidentemente no. Siempre será sano corroborar lo que se nos dice y confirmarlo: poder defender cada cosa que emane de nosotros y que nuestra respuesta no sea la de primer grado, "es así porque lo dijo el profesor". Al respecto de lo anterior, veremos que hay diferencias de lo expresado por Kant. La "duda" o el "cuestionamiento" del que nos habla, tienen sentido si sabemos que no pueden ser radicales... estaríamos llegando a un cuasi-escepticismo y no hace falta argumentar, en este artículo, lo poco sólido que es este modo de pensar. Con mis palabras: el no ser permeable totalmente, no implica ser impermeable. No puede ser la razón pura la guía al conocimiento correcto de las cosas, tendrán que intervenir muchos otros factores para lograr tal objetivo. En resumen a este "primer punto débil": siempre hay que cuestionar... siempre y cuando haya razones para hacerlo y disposición de reconocer otros medios que nuestra pura razón. De aquí surgirán otras dos cosas que resultan faltas de solidez. Cuando estemos haciendo *uso privado* de nuestra razón, si fuésemos mínimamente prácticos, nos daríamos cuenta de que esto generaría un caos. Si un soldado dudara y cuestionara en todo momento de las órdenes de su general, seguro que acabará por no cumplirlas. Así, se desataría un desastre y tal ejército perdería la guerra, función primordial para la que está. Este punto débil es explicable si comprendemos el contexto de vida de Kant: un hombre mucho más interiorizado que exteriorizado... habríamos de relatar su vida para ver cómo anuló casi la importancia de lo exterior. El otro error del que hablaba, consiste en lo correspondiente a la religión. Kant, al hablar del *uso privado* de la razón, critica fuertemente a los sacerdotes, principalmente, por predicar sin cuestionamiento alguno los contenidos de su religión. También son víctimas de la crítica los creyentes que aceptan todo lo que se les dice sin dudar. Planteo mi punto de vista: evidentemente son cosas aparte, no podremos entender ni tratar con la misma vara, las cosas de Dios y las del hombre. Sería muy tonto cuestionar verdades emanadas de una mente contundentemente superior, ni siquiera le podemos llamar mente pues es Dios. Ya para terminar, recalcaría una vez más, la necesidad y la confirmación de que existen unos "principios generales" sobre los que se sientan todas las verdades. No podemos negar esa realidad y pretender que nuestras razones hagan todo. Cuestionar todo confiados en ciertos principios. Por otro lado, no es conveniente estar siempre dudando de cosas que tendremos que obedecer; esto último en vista de una apreciación pragmática de las cosas. Culmino con un ejemplo: en nuestro país mucha gente se cuestiona sobre lo injusto que es pagar impuestos, sobretodo, porque a su juicio son muy elevados. El resultado es que vivimos una gran evasión y todo degenera en un caos. El católico que se cuestiona sobre la importancia de ir a misa los domingos, acabará por justificarse y no ir. Si nos remitiéramos a países como Alemania, donde todo parte de "el deber por el deber mismo", veríamos una evasión mucho menor, resultado del saber que hay que cumplir y nada más.

Los Aislados

Mirbeth Estephanía Peláez Martínez

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

La existencia de grupos étnicos en América se remota siglos atrás, cuando ellos eran los dueños de las tierras que labraban; pero en su contraparte con la llegada de los colonizadores esta estabilidad se acabó, y estos acontecimientos marcaron la actualidad de los que nos dejaron por herencia un PAIS LIBRE Y SOBERANO. Ahora son los que conforman los sectores marginados de la población, aunque paradójico a lo que hicieron son tratados como seres inferiores y sin derechos, se enfrentan contra la peor lucha que es la marginación por parte del gobierno, pero también con la población que no habla un dialecto (la mayor parte), por tal motivo son etiquetados y tienen que vivir en zonas especiales, si es en las zonas urbanas viven en condiciones deplorables y si viven en comunidades, estas están en lugares apartados y marginados, en donde no se cuenta con los servicios más necesarios; pero representan la mano de obra barata, se abusa de ellos por su condición (iletrados, en mayor porcentaje). De tantos abusos y arbitrariedades cometidas surgen los llamados movimientos de izquierda o los levantamientos contra el sistema, que el gobierno quiere mostrar como ilegales, que sólo reclaman a lo que tienen derechos, pero piden su validez ante la ley. Pero el real problema de la existencia de grupos étnicos (minoría) es ser indígena, campesino, estar en contra del sistema y la principal o la más real: "CARECER DE RECURSOS ECONOMICOS" y por lo tanto ser presa fácil de violaciones; ante estos actos de corrupción, que quedan impunes han surgido a lo largo del tiempo levantamientos: el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México; Identidad Mapuche Lafkenche en Chile; Sendero Luminoso (que en principio surgió como un movimiento con causas positivas, las cuales se salieron de control) Esta es la voz de nuestro orgullo:

"Ya no más el rincón del olvido.

Ya no más el objeto del desprecio.

Ya no más el motivo del asco.

Ya no más la morena mano que limosnas recibe y lava conciencias.

Ya no más la vergüenza del color.

Ya no más la pena de la lengua".

Identidad Mapuche Lafkenche

Chile no se excluye de movimientos indígenas, que tienen como fin hacer valer sus derechos. Aunque los movimientos aquí se han estado dando desde 1883 hasta la actualidad y se le considera como una lucha de fuerte sentido étnico.

La Identidad Mapuche se manifiesta en contra de las políticas sociales, ya que ven en ellas el desarrollo de la mayor parte de la población, pero ellos no aparecen en ningún peldaño; en Chile la violencia ha venido por parte del gobierno que ha actuado para incorporarlos en forma forzada; el hecho de que los indígenas estén empezando a "entrar" no significa del todo su aceptación, ya que los están aceptando pero queriéndoles cambiar la cultura y tradiciones que traen arraigadas desde hace varios siglos, considerando a éstas como ofensivas. Buscan modernizarlos haciendo que dejen atrás los modos rudimentarios de dedicarse a las actividades primarias.

Han existido "fuerzas económicas" (la elite chilena) que ha "ayudado" a callar a los mapuches y lafkenches, ellos han propiciado terminar con el problema, por medio de la violación de los derechos humanos (discriminación y violencia física).

En 1990 hubo otro movimiento, con el que se pretendía participar en la contienda electoral, deseaban participar en la "democracia" del país, este deseo fue satisfecho con la firma del Acuerdo Político de Nueva Imperial, así como también fue plasmada la Ley indígena (a través de la reforma) en donde lograron proteger sus tierras "Y SE LES DIO PERMISO DE USAR EL AGUA".

Del hecho de que los indígenas ya tengan voz los candidatos han prometido una y otra vez un mejor trato, pero como es costumbre al llegar al poder se olvidan de ellos.

Por un lado les ayudan "civilizándolos" pero están masacrando su patrimonio cultural.

Tanto mapuches como lafkenches desean que su cultura no se pierda a lo largo del tiempo y sean reconocidos como organizaciones étnicas.

EJERCITO ZAPATISTA DE LIBERACION NACIONAL

LOS INDÍGENAS MEXICANOS SOMOS INDÍGENAS Y SOMOS MEXICANOS

1 de Enero de 1994, fecha recordada como el inicio de un movimiento con nobles causas que se levanta en Chiapas, al frente de éste el sub-comandante Marcos, con el lema "DEMOCRACIA, LIBERTAD, JUSTICIA"; movimiento paralelo a la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Surge con fin de hacer valer los derechos de los indígenas mexicanos, que han vivido por siglos en el completo olvido, ya no más marginación e injusticias.

Aunque se sabe que no todos comparten estas ideas revolucionarias, es paradójico que la solidaridad no la encontraron en su país, sino con personas externas que se condolieron con este movimiento (europeos); podemos mencionar a España con "EZLN: 20 y 10, el fuego y la palabra", en Francia el Comité de Solidaridad con Chiapas, por todo Europa se difundió la Campaña "El fuego y la palabra", en Grecia "Una escuela para Chiapas". Los grandes pensadores hablan sobre la importancia de preservar a los pueblos indígenas por su importancia cultural.

Los grupos paramilitares ejercieron la violencia contra los pueblos indígenas; asesinatos, expulsiones, quema de poblados enteros, aunque el gobierno siempre trato de manejar que la condición de delincuentes por parte de los zapatitas.

El EZLN ha tratado de llegar a acuerdos y tiene cuatro declaraciones, en las cuales se va viendo la evolución de la peticiones:

- Declaración de la Selva Lacandona, con la que declaran la guerra al gobierno de Carlos Salinas de Gortari y anuncian su lucha por democracia, libertad y justicia para todos los mexicanos. (01/01/94)
- Segunda Declaración de la Selva Lacandona. En ésta el EZLN llama a los distintos sectores de la sociedad a lograr un tránsito pacífico a la democracia y convoca a la realización de la Convención Nacional Democrática. (12/06/94)
- Tercera Declaración de la Selva Lacandona, en la que propone a la sociedad la formación de un Movimiento para la Liberación Nacional. (01/01/95)
- IV Declaración de la Selva Lacandona. En ella, plantea su decisión de ayudar a construir una fuerza política de nuevo tipo, no partidaria, que no luche por el poder, independiente y autónoma, civil y pacífica basada en el EZLN. Por lo tanto se abre un proceso de transformación del EZLN de una organización armada a una civil, siempre y cuando se avance en una paz con justicia y dignidad que satisfaga la sed de justicia de las comunidades indígenas. De esta manera el EZLN responde positivamente a la Consulta Nacional e Internacional por la Paz y la Democracia. (01/01/96)

Aunque todos fueron intentos fallidos, ya que ninguno logro su objetivo; lo único logrado fue la firma entre los "rebeldes" y el gobierno del Acuerdo de San Andrés, que ha sido de vital importancia para la reforma de ley sobre los derechos indígenas, pero el punto es que no se han podido llevar acabo.

El EZLN no ha llegado a ningún acuerdo todavía, tras los gobiernos de Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo y el actual presidente de la república Vicente Fox, con quien se intentó entablar el diálogo, pero aún no hay solución, aunque el sub-comandante Marcos esta abierto a entablar nuevamente el diálogo, pero bajo ciertas condiciones:

Primera señal: Cumplimiento de los acuerdos de San Andrés. En concreto, la transformación en ley de la iniciativa elaborada por la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa).

Segunda señal: La liberación de todos los zapatistas presos en cárceles de Chiapas y en otros estados.

Tercera señal: Desmilitarización.

Pero hasta el día de hoy no se han cumplido ninguna de estas condiciones, a lo que como consecuencia no ha habido solución.

El Desarrollo de los Pueblos Indígenas ha reiterado su interés por la participación indígena para empezar a crear una sociedad más igualitaria, en donde ya sean tomados en cuenta como indígenas-mexicanos, que tienen acceso a todos los derechos promulgados en la Constitución Mexicana. También se han creado los llamados planes integrales de desarrollo, que pretenden la integración de las comunidades indígenas principalmente en las zonas donde más se les margina, zonas urbanas; ¿Cómo esto es posible? Marginación en lugares donde la educación es mejor y la mentalidad es más abierta.

Ante la intensa marginación en México se cuenta con el Instituto Nacional de Indígenas, que tiene como propósito la total integración (lengua, cultura, identidad); gracias a esta institución se cuen-

ta con algunas escuelas y centros de salud en comunidades marginadas. También es responsable de incitar a la sociedad para que participe en el desarrollo indígena; ya que no podremos desarrollarnos completamente si seguimos marginando a los pueblos indígenas, hay que recordar que en sus territorios se ubican los recursos naturales, la biodiversidad, el patrimonio cultural y simbólico de la nación

Las diferentes ideologías seguirán surgiendo, pero nosotros somos los que debemos marcar la pauta de la diferencia entre seguir teniendo ideas de carácter racista o ser personas abiertas a ver que son nuestra realidad e iguales a nosotros, que tienen que luchar con el doble problema, ser indígenas y analfabetas y no se diga de la mujeres que tienen que enfrentarse con su condición de "inferioridad".

Los pueblos indígenas carecen de mucho, pero lo principal que demandan es su reconocimiento como personas con derechos, que deben participar en la actividades electorales y que no sólo quede en diálogos; las leyes para los pueblos indígenas se lleven acabo y eso depende en gran parte de la población, es que no sólo es hablar de una reforma legislativa, sino también implica un reforma a nivel cultural. Reconocer que somos un continente multiétnico y que estas personas desean integrarse a la sociedad, que en muchas ocasiones es dura; ya no quieren más miseria, aislamiento y abandono

Hace falta la modificación del sistema, para crear una nación multicultural diferente, en donde exista el respeto y la convivencia entre los pueblos indígenas; aunque parezca imposible algo se tiene que hacer y obtener.

Debemos sentirnos orgullos de contar con una gran cultura y tradiciones, que viven a través de nuestros indígenas, no sigamos fomentando la discriminación

"Entonces el rebelde, en lugar de angustiarse por encuestas que dicen que un camino es mejor que el otro porque tanto por cierto no puede equivocarse, empieza a construir un camino nuevo".

El fracaso del área de Libre Comercio de las Américas: fruto del populismo y la ignorancia

Thomas E. Heather Fletcher

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

El resultado de la Cumbre de las Américas celebrada en Buenos Aires a principios de noviembre es motivo de reflexión para todos los habitantes de Latinoamérica. La creación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) fue frustrada por el populismo, la xenofobia y el resentimiento de unos cuantos individuos, quienes no merecen ser llamados estadistas.

Estos individuos, en lugar de buscar el bienestar y progreso para sus países y para el resto del continente, siguen encerrados en discursos demagógicos con poco contenido veraz. Aprovechan la ignorancia de sus pueblos para fomentar el odio a los Estados Unidos de América, atribuyéndole los fracasos de sus propios gobiernos.

Individuos como Hugo Chávez y Néstor Kirchner han etiquetado al ALCA como una creación de los Estados Unidos para seguir explotando y reprimiendo a Latinoamérica, haciendo totalmente a un lado los beneficios que dicho acuerdo comercial brindaría al latinoamericano común y corriente. Los hechos desvirtúan sus discursos: únicamente cinco países se opusieron a la creación del ALCA, mientras que la respaldaban 29. Esto demuestra que el ALCA sería el producto de un esfuerzo y consenso de 29 Estados, y no una mera maquinación de los Estados Unidos para someter al resto del continente.

Además Chávez, y en menor escala Kirchner, han recurrido a insultos y agresiones innecesarias contra quienes apoyan el plan; léase México y su presidente, Vicente Fox. Chávez llamó a Fox "cachorro del imperio," entre otros calificativos despectivos. Estos individuos han polarizado las relaciones intercontinentales al grado que cualquier coincidencia con políticas o propuestas estadounidenses o cualquier apoyo a las mismas, ha sido satanizada o etiquetada como servilismo.

Hemos visto desde 1998, cuando Chávez fue electo presidente de Venezuela, que su único interés ha sido la concentración de poder para saciar un hambre irracional, todo a costa de la estabilidad económica de Venezuela. Dice hablar por el pueblo venezolano (y muchas veces hasta por el latinoamericano), cuando las enormes marchas, movilizaciones y huelgas que ha vivido Venezuela en años recientes demuestran lo contrario. Ha manipulado el orden jurídico de su país al grado de convertirse en un cuasidictador. ¿Qué podemos esperar los latinoamericanos de un hombre así?

Chávez se dice ser un estadista cuando ha agredido constantemente a los Estados Unidos y a su presidente George W. Bush, y recientemente a Vicente Fox, por citar unos ejemplos. Además, en lugar de concentrar sus esfuerzos en la creación del ALCA y proponer mecanismos para lograr un mayor desarrollo económico en la región, acudió a Buenos Aires a protagonizar una marcha callejera con un futbolista drogadicto y mujeriego con escasos conocimientos políticos y económicos. Además utilizaron la Suástica - un símbolo de odio y de racismo - para escribir el nombre del Presidente Bush, lo que además refleja ignorancia histórica. ¿Podemos calificar a tal individuo como un estadista?

Latinoamérica no llegará muy lejos mientras sus líderes sigan lavándole el cerebro a sus pueblos con datos falsos e inculcándoles el odio a Estados Unidos. Tristemente, estamos viviendo una época donde ser anti-Estados Unidos está de moda y es lo "in." Se les olvida que los países con mayor desarrollo socioeconómico son aquellos que han tenido lazos estrechos con Estados Unidos y quienes han reformado sus sistemas para permitir la libre competencia y el libre comercio; Chile, México y Brasil. El populismo no ha llevado al continente a ningún lado; basta recordar a líderes como Alán García en Perú, los sandinistas en Nicaragua, Luis Echeverría y José López Portillo en México, entre otros.

El mayor beneficiario del ALCA sería el latinoamericano común y corriente. Tendría acceso a una mayor gama de bienes y servicios, a bienes de mayor calidad y mejor precio, lo cual repercutiría en la creación de empleos, dado el mayor tráfico comercial en la región. No necesitamos más que comparar la forma en la que vivíamos los mexicanos en la década de los 80 y cómo vivimos ahora después del Tratado de Libre Comercio de América Latina. Tenemos acceso a bienes y servicios que antes no existían en México, los precios de bienes importados han disminuido y se han creado millones de empleos desde entonces. En pocas palabras, vivimos con mayores comodidades que antes. Otro ejemplo sería el mercado común europeo.

En conclusión, el fracaso de esfuerzos multilaterales como el ALCA ha sido producto del populismo, la demagogia y la soberbia de unos pocos. Mientras no maduremos los latinoamericanos y sigamos dejándonos llevar por semejantes farsas y mentiras, no podemos aspirar a vivir mejor. La responsabilidad última por dichos fracasos la tenemos nosotros al elegir ese tipo de gobernantes, que no merecen llamarse estadistas. Cada pueblo tiene el gobierno que merece. Lo que les queda a los Estados que sí apoyaron el ALCA, que son la mayoría, es seguir adelante ellos mismos, como bien lo propuso el Presidente Fox, y dejar que los otros se queden estancados, inmersos en el populismo. Es muy triste que los esfuerzos de la mayoría se frustren por la soberbia y egoísmo de unos pocos. Exhortamos a los latinoamericanos a reflexionar sobre los líderes que eligen y lo que ello implica.

La ignorancia: el opio del pueblo

Luis Andrés Molina Belausteguigoitia

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

Marx se equivocó al decir: "El opio del pueblo es la religión". Estimado lector yo en lo personal me atrevo a decir que Marx se equivocó al decir eso, ya que el verdadero opio del pueblo es la ignorancia. Pero hay una frase que Marx hizo y que es la siguiente: "El que domina la información, domina a las masas". Que fácil es mantener a alguien cayado cuando no sabe algo o cuando se le dice la verdad a medias; para que la persona o a la gente se mantengan tranquilos es mucho más fácil no hacerles llegar ninguna información para que no se nos alboroten. Por eso se les dice lo que quieren escuchar para que no haya ningún problema después, cuando en realidad solo quieren mentir y engañarlos para que la gente de mayor poder pueda actuar sin que les hagan nada o les lleguen a refutar sus acciones. Hay un hecho que me gustaría llegar a compartir queridos lectores que es el siguiente: en las comunidades rurales de diferentes estados del país se les da tratamiento médico, y se les pregunta a las señoras que cuantos hijos tienen entre muchas preguntas, y al ver estos médicos que tienen muchos hijos, a la señora, sin consentimiento alguno, se le ligan las trompas o incluso se le da una píldora abortiva, pero se le dice que le van a hacer una operación de alguna otra cosa o que la pastilla es para otra cosa. Que fácil es engañar a alguien así, pero esto es solo uno de los muchos casos con que a la gente se le llega a engañar por medio de la ignorancia. No debemos permitir eso debemos empezar a conocer y abrir nuestros horizontes culturales y de conocimiento. Es muy fácil quedarnos con lo básico pero a la larga vamos a necesitar conocer más, y no para beneficio propio, sino para ayudar a la de más gente porque hay tanta gente que no conoce y es engañada fácilmente sin darse cuenta. La ignorancia es dura y es difícil de combatir. Estimados lectores los exhorto a que no se queden con los brazos cruzados, conozcan más y ayuden para que la gente no se aproveche de ustedes y de los demás.



DISIDENCIA

Gato triste

Ricachín

La angustia de despertarme aquella noche sudando de frío trajo a mi memoria sucesos impresionantes. Nunca había dormido tan bien, de ello no había duda. Mariana se había ido hace tiempo y en mi cama había mucho espacio vacío, las noches se hacían más largas y la sábana que me cubría el cuerpo era más pequeña y estaba decidida a no quedarse quieta. En las noches me gustaba imaginarme a Mariana de nuevo en mi cama, solitaria; con su hermoso cuerpo rozando mi muslo izquierdo y su seno acariciando mi espalda en una noche atiborrada de sexo lento, de ese que se disfruta por horas y aún se ama a la pareja; después fumar un cigarrillo "faro" mientras acariciaba su cabello y jugaba con su oreja. En la ventana un rayo de luz que penetraba la penumbra y recorría una distancia minúscula a través de las persianas sucias de polvo, sucias de nada.

-¡Maldita soledad!- me dije. Ella se iba a Francia esa tarde y yo aquí acostado. Verla partir era un delirio para mí, para el gato y para la maldita patria que tanto amaba. Esa tarde recordé su gusto por Rembrandt, por los libros de caballerías, por las películas de Jason Miller y la afición de defecar con la puerta del baño abierta mientras leía "Las 10 mejores partidas de Capablanca", tomo que yo le había regalado la noche de navidad en la casa de los Paissans y que ella miró con admiración; me había costado trabajo conseguirlo y lo hallé en La Habana a un precio de usura, pero la especulación excesiva no detuvo mi impulso de comprarlo. La verdad extrañaba sus defectos de manera insensata, antes los odiaba, ahora los extrañaba; en ese momento comprendí que los defectos son las características que le dan vida a una persona y la hacen ser distinta a otras, comprendí que la perfección era la mayor imperfección del mundo.

Es increíble como nos conocimos. Ella solitaria y taciturna sentada en la mesa de un café leyendo un libro de caballerías, de esos que odiaba Cervantes. Yo mirándola en mi balcón angular con el



lente de mi cámara. Fueron diez, veinte, treinta; no recuerdo la cantidad de película que gasté en sus imágenes. Llegué a formar un libro de fotos con ella. La imaginaba seria, inteligente, perfecta y buena dama de compañía.

Un día decidí mandarle una foto. Era la mejor foto que le había tomado con mi antigua pero concreta cámara, ella aparecía con un cigarrillo en la mano en posición de reina con sus cabellos soplando por el viento y su mirada triste de soledad. Se la puse de separador al libro que leía cuando una mirada la distrajo y se levantó a pagar la cuenta. ¡Vaya sorpresa que se llevó cuando leyó la parte trasera de la foto!, en el idioma del amor le escribí una grata alegoría. Se levantó, tomó la foto y volteó a verme, yo con mirada avergonzada trate de simular desinterés; fue inútil, mi vista no lo decidió.

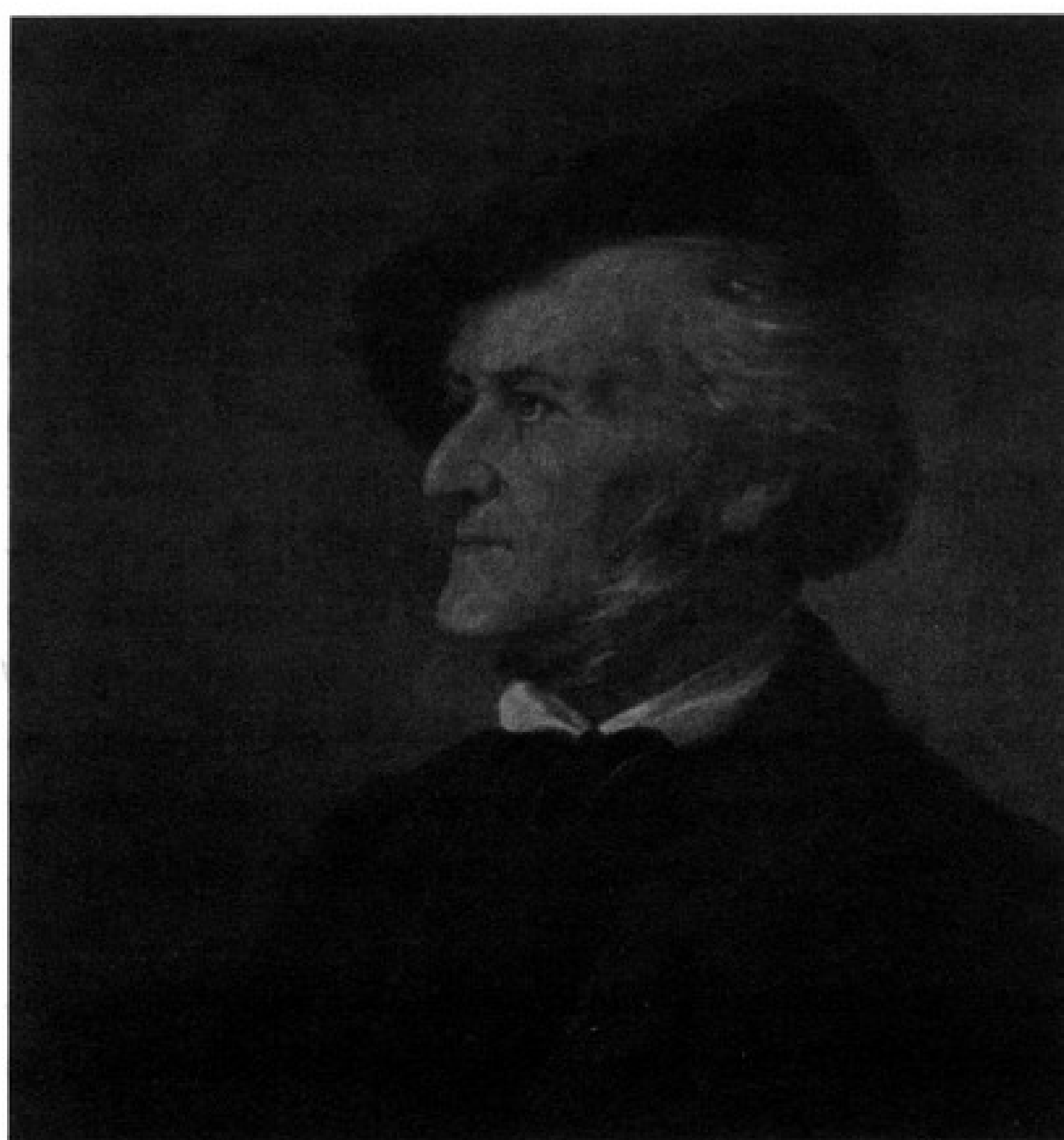
Ahora que se iba a Francia comprendía la soledad que yo iba a experimentar. Ya no tendría que comprar todo en porción doble; un café, en la cafetería; un cigarro, en la boutique de Lacorú Chateau; una cerveza, en la cantina; una servilleta, en la mesa; y al final, una almohada en la cama.

-Jamás volveré a romper una foto- pensé. La tarde que ella partió, lluviosa si es posible mencionar el clima, había roto la foto, había dejado a la alegoría partida en dos, justo como ahora: solamente éramos dos. El gato y yo; el pobre gato tuerto y yo, mi único recuerdo de ella era ese gato apesadumbrado y triste que había dejado en su partida; ese gato que odiaba con toda mi razón y que me causaba náuseas. Ese gato y yo. Ahora dormíamos ese pinche gato y yo.

Wagner, reformador en la operística moderna

Edgar Adrián Rodríguez Reina

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho



Una vez un eminente profesor del Conservatorio Nacional de Música me relató una historia que comprueba una vez más que el arte musical es insuperable y es además, característico sólo de mentes brillantes. Asimismo, se afirma que el arte de hacer música es una parte complementaria y sensible del ser humano del que sólo algunos notables hombres pueden gozar, como es el caso de los músicos. Pero para que todo esto sea captado y además inteligible, es menester saber que la música en su forma contiene estrictos conceptos y re-

buscadas acepciones, sin embargo, cabe mencionar que en su esencia carece plenamente de ellos, pues a diferencia de otras disciplinas, la música como arte, forma al hombre de una manera excepcional, que ni los más grandes científicos ni los más notables matemáticos, biólogos, ni algún otro sujeto podrá jamás entender. Además, se advierten algunos conceptos poco usuales pero ya con lo antes mencionado, el lector podrá entender mejor el punto de vista de lo que a continuación se presenta.

...Era Federico II quien se encontraba con Johann Sebastian Bach y con algunos renombrados reyes acompañados de notables personajes europeos. Orgullosos y soberbios, pidieron a Bach que les interpretara una pieza musical a los egregios señores a lo que el músico gustoso aceptó. Pero

había una condición: que fuese una fuga, una fuga improvisada a "seis voces". El momento fue de duda y expectación, los reyes quedaron crispados ante las peticiones del egregio señor alemán, pero Bach respondió seguro y como esperaban, sentóse el músico entonces y dijo: *"Interpretaré una fuga empezando de menos a más; con cuatro voces, luego cinco.... y veré qué puedo hacer"* Una fuga a seis voces no es cualquier cosa, decían que solo un "loco", que solo un genio, y que tal vez un brujo podría interpretar una fuga improvisada a seis voces. De pronto, Bach comenzó a tocar su pieza musical....tres voces....cuatro voces y finalmente....seis voces. A manera de improvisación, Bach ahora estaba tocando una fuga a seis voces. ¡increíble acto! Ante la sorpresa de todos, Bach había satisfecho los deseos de los reyes. No hay que ser músico para saber qué es improvisar una fuga a seis voces: Expertos afirman: es como....jugar cincuenta juegos de ajedrez con los ojos cerrados y ¡ganarlos todos!...¿Imposible? tal vez, no se cree que alguien pueda superarlo....

Aunque Bach no fue realmente alguien notable en la ópera, fue ejemplo, maestro y colega de los genios que vinieron más tarde. Ante todo esto uno de los más sorprendidos era el romántico y gran esclavo de la neurosis, Richard Wagner. No obstante, el maestro y polémico rival de Friedrich Nietzsche, -quien por cierto su música es ejemplar y muestra del poder wagneriano sobre él-, Wagner fue un revolucionario en la ópera, para poner un ejemplo, cuando llegaba a sus presentaciones operísticas, por cierto bajo su misma batuta, decía tajantemente que las bancas habían sido construidas para que el público no se durmiera, que los pasillos habían sido eliminados para que el público no abandonara el lugar. Incluso, es idea de Wagner colocar a la orquesta "debajo" o "delante" del escenario para crear el mejor sonido posible, él lo llamó *"El Golfo Místico"* así Wagner luchó siempre por la supremacía de la acción dramática sobre la música y recordando el valor de lo arioso. En Parsifal (recuerdo un fin ascético por cierto) Wagner puso total empeño en usar reformas de Gluck como una *atmósfera de clasicismo elegíaco*.

Pero aún con todo ello, Wagner, no reconocía el leitmotiv (leit motiv, leitmotif, o leitmotive, en plural; a consideración del lector), pero finalmente con la voz *con brío*, por señal del compositor, la escena dividida normalmente en actos e inversamente usada por Wagner, lo llevó a utilizarlo finalmente. Incluso no sabemos, pero tal vez a Wagner le hubiera gustado observar un aria con el squillo o resonancia y el rubato o variación temporal del pasaje, que suelen atreverse a usar como por ejemplo en *un bel di vedremo* con el canto capella o capilla. Todo ello porque no fue hasta 1904 cuando Puccini se vio ofendido con las críticas a madame Butterfly, desgraciadamente cuando Wagner ya había fallecido. A diferencia de Mozart, Wagner no solía usar la *cabaletta* corta y lenta, por ejemplo, el aire de *La Traviata* de Verdi que sí hace uso de la *cabaletta*, creemos muchos que no coincide con el temperamento del mismo Wagner, inclusive, no podríamos pensar tal vez ni en una *cavatina*, pues por las mismas razones, el genio alemán no era de los que adoptaban "novedades" operísticas del momento, aunque nos queda la duda si eso sería error de interpretación moderna.

Pero, ¿qué quería Wagner transmitir con su ópera? A diferencia de los italianos, Wagner naturalmente no buscaba que la ópera fuera una actividad que solamente sirviera para distraer o entretener, sino que buscaba una identidad nacional, una identidad que posteriormente sería usada para promover regímenes políticos. Como los genios hicieron con su tragedia, el fin último con el que Wagner concibió a este nuevo género, fue convertido en símbolo de identidad nacional, en símbolo de exaltación germánica, en expresión cultural y pública de la raza alemana que debía expandirse a todo el universo, sin perder el sello y la naturaleza de lo germano. Una defensa convencida de la grandeza alemana con connotaciones políticas, que le trajo a Wagner enemistades, como la amistad con Nietzsche y luego su rivalidad.

Bajo esta concepción nacieron *Los maestros cantores de Nüremberg*, *Tristan e Isolda*, *Parsifal*, y finalmente su gran drama musical, *El anillo del Nibelungo*, después de cuya primer representación afirmó: “No he querido decir que hasta este momento carecíamos de arte; pero sí creo que les ha faltado a los alemanes un arte nacional como lo poseen, a pesar de su vulnerabilidad y de sus pasajeras decadencias, los italianos y los franceses” Quedémonos con la duda de una cavatina wagneriana (por su duración) pero quedamos seguros que a memoria de Mozart, Wagner nunca olvidó el *Singspiel* (obra cantada) usada en *La flauta mágica*, todo ello con una especial brillantez, pues no todo tenor tenía la resistencia de lo que sería un portamento wagneriano por seis horas y media, y con esto cuando se estrenaba la obra, Wagner obligó a presentar en Beirut de forma continua el Anillo del Nibelungo ¡Hablamos de 16 o 17 horas aproximadamente de forma seguida!

Sin embargo no olvidemos el inolvidable *recitativo* de Rossini, incluso de Verdi, pero para los admiradores de Wagner, creo que emocionalmente no necesitamos una *cavatina* wagneriana, pues por su *squillo* logrado en sus reformas teatrales no haría falta nada más que un buen ambiente, humor y decisión para disfrutar Parsifal o el Anillo en forma maratónica.

Cualquiera que haya escuchado o presenciado una ópera wagneriana comprenderá una buena parte de lo que es la ópera, además entenderá así, a otras óperas de un género y una naturaleza diferente y sobre todo que después de ello, el aficionado jamás volverá (si es que lo dijo) a decir o siquiera a pensar que la ópera y la música clásica es para “relajar” que es como una falta de respeto y una frivolidad considerarlas así. Tal vez la ópera nos involucre en un caos momentáneo que solo la música puede crear en nuestras mentes, pero eso no querrá decir que tengamos la libertad total de sentir lo que nuestros sentidos perciben, pues será más fuerte el poder que el autor ejerció para transmitir su sentir y eso será lo que nos invadirá casi siempre ya que la interpretación emocional del hombre es muy diversa para cada caso.

No obstante, Wagner era influyente y él se encargó de revolucionar la ópera. Hablar de Wagner es además, hablar de conservadurismo, pero a la vez es citar también innovación operística e ideológica, ese nuevo orden y esa nueva mentalidad operística de identidad alemana, fue la base pa-

ra que otros genios surgieran y probablemente víctima de lo mencionado fuera Nietzsche, quien recordamos por su música solemne y su gran pensamiento, en *Ecce Homo*, su autobiografía de 1888, dice:

"Al hablar de las cosas gratas en mi vida, no puedo dejar de pronunciar una palabra de gratitud por lo que ha sido el más profundo y cordial suceso grato de mi vida ...mi relación íntima con Richard Wagner... No desearía borrar de mi vida a ningún precio los días en Tribschen, días de confianza y jovialidad, de accidentes sublimes, de momentos profundos... nuestro cielo nunca se ensombreció siquiera por una sola nube. No podría haber soportado mi juventud sin la música de Wagner. Bien, entonces yo necesitaba a Wagner. Yo era Wagneriano "

Recordando a Nietzsche, me llama la atención la relación con Schopenhauer quien pensaba en forma similar con respecto al mundo. Y con ello, es conveniente citar la obra del alemán, Nietzsche intitulada *"La genealogía de la moral"* que es donde relata algunas cosas entre Wagner, Schopenhauer y el propio pensamiento de Nietzsche. Luego, con *"El anticristo"* cita la obra de *"Así hablaba Zaratustra"* y en la primer obra mencionada admira a Napoleón y a Wagner de forma notable.

Con todo lo anterior y reflexionando, me veo obligado a hablar también sobre entorno que produjo Richard Wagner en todos los ámbitos así como del entorno del que se vio envuelto.

Primero, hagamos antes un recorrido a través de la época que Wagner vivió. Quiero además aunado a lo ya mencionado, hablar de una corriente que fue fundamental y causó en las artes un fervor verdaderamente trascendental: *el romanticismo*. Este movimiento artístico marcó la pauta para que otros movimientos como el realismo o el simbolismo relucieran más adelante. Pero ¿qué motivó a Wagner para plasmar en sus obras un ambiente lírico y romántico?

En primer lugar, los orígenes del romanticismo han de buscarse en Inglaterra y en Alemania, países cuya literatura, ya desde la segunda mitad del siglo XVIII, contenía los gérmenes de las corrientes intelectuales y estéticas –y personalmente me viene a la mente Immanuel Kant en el terreno de la filosofía alemana moderna, quien además en el año de su muerte, se conectan y se consolidan las ideas románticas, 1804—, que tiempo más tarde habían de concretarse en ese mismo nombre. Pero fue Inglaterra la acuñadora de la palabra *romantic* para designar *cosa de romance* y, más tarde, *novelesca*, entendiendo por tal algo relacionado con la sensiblería del siglo XVIII. Lo que constituye hoy en día para nosotros el principal atractivo de las epopeyas heroicas y caballerescas del siglo XVIII alemán, es que hayan inspirado a nuestro gran anfitrión. Pero Wagner ha modificado el desenlace de Tristán, éste vuelve a ver a Isolda y muere de emoción. También ha refundido por completo el Parsifal de Wolfram.

¿Frustrante o conmovedor? ¿Qué pensaría en aquella época Gottfried de Estrasburgo? La leyenda de Tristán y su fatal amor por Isolda, de la que existían dos redacciones francesas que se completaban, le inspiraron esa obra, superior sin duda alguna a la de los poetas anglonormandos en quienes se basa. La pasión naciente y las luchas íntimas son analizados con singular finura y Tristán, poema humano, es clara evidencia de la pasión más pura que a la vez ofrece un contraste con el Parsifal, poema místico de un lenguaje convencional. Gottfried era un poeta culto, poseedor de una forma incomparable más correcta que la de Wolfram.

Entre las personas que rodearon a Wagner, también encontramos a Hans Sachs. Y lo especial con este poeta es que fue evidencia fehaciente del continuo florecimiento de la poesía en los gremios de los Meistersinger. Sachs como contemporáneo y simpatizante de Lutero, en cuya loa compuso un poema intitulado "*El ruiseñor de Wittemberg*", es más notable por su fecunda producción y por su influjo en el drama que por su genio. Especialmente es Sachs quien llama mi atención, pues puso en Wagner una pauta poético temporal muy relevante; tanto, que prueba de ello y retomando la pasión alemana del romanticismo, Hans Sachs dejó una vastísima producción de canciones, salmos, diálogos, farsas, dramas y piezas religiosas. Y precisamente hablando de la poesía alemana y de los gremios de los Meistersinger, en los *Maestros Cantores* de Wagner se puede apreciar que Sachs, cuya figura embellece, no era ningún esclavo de la tablatura (que por cierto, más adelante me gustaría ahondar sobre la tablatura) y que, aún entre ellos, la verdadera poesía lograba triunfar una vez más sobre la poética antigua. Partiendo en los siglos XVII y XVIII, fue muy admirado por Goethe –notable romántico alemán, autor de Fausto–, que llamó la atención y admiración sobre su obra.

Definitivamente, la literatura, la pintura, por supuesto la música, la poesía y todas las artes en el romanticismo buscaban un mismo fin: la belleza. Pero no siempre concuerdo con que se persiga estrictamente ese fin. Si habláramos de Kant, jamás llegaríamos a una conclusión de lo que es la belleza. Si habláramos de Nietzsche, tal vez nos quedaría un concepto vago y terminaríamos convencidos: el fin de las artes no es buscar siempre la belleza. En el caso de Wagner la belleza creo que queda en un punto muy importante para él, pero por ser un compositor romántico definitivamente y según él, el fin último de la música es la belleza pero aún sobre todo lo mencionado, para nuestro protagonista el fin último en la ópera moderna es transmitir una supremacía sobre todas las artes.

Dice John Louis Digaetani que la ópera reúne a todas las artes como la pintura, la actuación, la música, la poesía y la literatura. Y a esto precisamente (me gustaría dar especial énfasis), Wagner lo llamó *Gesamtkunstwerk*, conjunción de todas las artes, y creo que con eso Wagner quiso crear un nuevo arte, dejando atrás las demás que de forma aislada eran menos expresivas.

Ahora bien, hablando del pasado, todo ese entorno ya mencionado fue fundamental para que Wagner saliera a relucir plenamente como revolucionario de la ópera moderna. Pero hablemos un

poco solamente, de los que después dedicaron tiempo y dinero en la ópera. August Everding, notable director especializado en el repertorio alemán, en primer lugar Wagner y Strauss y con él se han creado algunas puestas en escena notables e innovadoras. Como Wieland Wagner, Everding exige una completa estructura lumínica como elemento fundamental en la dirección escénica operística, y usa la luz de modo simbólico. Especialmente hablamos de Everding por su famosa producción de *Tristán e Isolda* para la Metropolitan Opera especialmente iluminada por las velas del barco de Tristán a través de todo el primer acto, los espectaculares efectos de luz en el segundo acto con la noche estrellada y el majestuoso mediodía en el tercer acto, que termina con otra noche estrellada para el "Liebestod" (algo así como una carta amorosa de muerte) de Isolda. Además, otra figura que recordamos en la época posterior a Wagner, es al galés Geraint Evans, quien hemos naturalmente escuchado en los Maestros Cantores de Nüremberg representando a Beckmesser, claro sin olvidar a Hans Hotter, eminente barítono bajo, representando entre otros a Wotan, Telramund y al Holandés.

Y así, algo similar ocurre con Lohengrin, pero ahondar demasiado, sería desviar la atención un poco de lo que atañe personalmente a nuestro protagonista.

Pasemos entonces a lo que refería antes acerca de la tablatura. Para dar a entender lo que es la tablatura y esclarecer lo antes mencionado, advierto que tanto Wagner como Schubert, siendo el austriaco autor de unas 600 *lieder*, son compositores estrictamente apegados a las notas musicales plasmadas en la partitura. Creo que no hay composición de ellos que se atreva a salirse del riguroso apego al lineamiento musical. Muy personalmente en el caso de Schubert, encuentro en sus partituras (especialmente para piano) un estricto apego a la teoría musical insuperable. En el caso de Wagner encontré que es más dócil aparentemente, pero su interpretación es muy brusca y sumamente exigente, pues en el caso de las adaptaciones para piano del Anillo del Nibelungo y especialmente en el Oro del Rin, hay momentos en los cuales es necesario invertir las ideas sobre las notas respecto al pentagrama esto es, invirtiendo lo que se lee en el pentagrama y lo que se toca en el instrumento y más llamó mi atención cuando Wagner hizo un notable uso de los bemoles y particularmente en *Mi* (E)

¿Qué clase de ingenuo hubiera podido o pensado siquiera en adaptar bemoles tan bajos en otros instrumentos? ¡Menos en "E"!

Pero sin embargo advierto, que una de nuestras sorpresas fue que efectivamente era posible hacer tal adaptación, pero recordando la anécdota que relaté en un principio: ¡Sólo un genio como Wagner, Bach o Mozart podrían lograrlo! (y además de lograrlo, lograrlo bien e interpretarlo impecablemente)

Además, me gustaría aclarar que haciendo esa clase de adaptaciones, arreglos, etc. Considero también aquella majestuosa "*tocata y fuga*" de Bach, pues no le resultaría nada placentero a na-

die absolutamente intentar siquiera arreglar la obra para otro instrumento y no sería por otra cosa más que por la dificultad inmensa de aquélla debido a los intervalos tan ajustados y tan rápidos que posee, que si bien en órgano son complicados por tratarse de una fuga, adaptarlo es casi imposible. Sin embargo, he comprobado que para la música no hay imposibles (y eso es lo que la hace superior a cualquier disciplina) y que todo absolutamente es posible usando música para hacer música. Finalmente reitero en forma filosófica:

"Para la música no hay imposibles, pero para el hombre sí. Y es curioso porque el hombre...¿Habrá descubierto los sonidos y la música o los habrá creado?¿Sin el hombre y sin oyentes, los sonidos existen? ¿En la nada de qué nos sirve la música? y de ser así de gélida esta taciturna realidad...¿es entonces la música algo meramente simbólico y en realidad no hay tal si no hay oyentes o un "algo"?"

Detrás del silencio

Juan Carlos González Cancino

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

Detrás del silencio
Te hablo sin palabras
Cuando un mundo de silencio
Sopla desde adentro
Te acompaña mi pensamiento
Tal vez porque mi corazón pregunta
Si te veo
Aun no sé si es esta luna
O esta noche la que sugiere lo que siento
Tal parece que justo al fondo luce
Un sonido que no por suave y lento
Deja de ser consuelo y me
Repite que agradezca lo que tengo
Una brisa, un aliento, que me ruega
No la deje y que promete
Ir al final del tiempo donde
Ya nunca estaré despierto
Pues me invita a un lugar
Donde los sueños viven momento
A momento

Balada en honor de las musas de carne y hueso

Rubén Darío

A G. Martínez Sierra.

Nada mejor para cantar la vida,
y aun para dar sonrisas a la muerte,
que la áurea copa donde Venus vierte
la esencia azul de su viña encendida.

Por respirar los perfumes de Armida
y por sorber el vino de su beso,
vino de ardor, de beso, de embeleso,
fuérase al cielo en la bestia de Orlando,
¡Voz de oro y miel para decir cantando:
la mejor musa es la de carne y hueso!

Cabellos largos en la buhardilla,
noches de insomnio al blancor del invierno,
pan de dolor con la sal de lo eterno
y ojos de ardor en que Juvencia brilla;
el tiempo en vano mueve su cuchilla,
el hilo de oro permanece ileso;
visión de gloria para el libro impreso
que en sueños va como una mariposa
y una esperanza en la boca de rosa:
¡La mejor musa es la de carne y hueso!

Regio automóvil, regia cetrería,
borla y muceta, heráldica fortuna,
nada son como a la luz de la Luna
una mujer hecha una melodía.

Barca de amar busca la fantasía,
no el yacht de Alfonso o la barca de Crespo.

Da al cuerpo llama y fortifica el seso
 ese archivado y vital paraíso;
 pasad de largo, Abelardo y Narciso:
 ¡la mejor musa es la de carne y hueso!
 Clío está en esa frente hecha de Aurora,
 Euterpe canta en esta lengua fina,
 Talía ríe en la boca divina,
 Melpómene es ese gesto que implora;
 en estos pies Terpsícore se adora,
 cuello inclinado es de Erato embeleso,
 Polymnia intenta a Calíope proceso
 por esos ojos en que Amor se quema.
 Urania rige todo ese sistema:
 ¡la mejor musa es la de carne y hueso!
 No protestéis con celo protestante,
 contra el panal de rosas y claveles
 en que Tiziano moja sus pinceles
 y gusta el cielo de Beatrice el Dante.
 Por eso existe el verso de diamante,
 por eso el iris tiéndese y por eso
 humano genio es celeste progreso.
 Líricos cantan y meditan sabios
 por esos pechos y por esos labios:
 ¡la mejor musa es la de carne y hueso!

ENVÍO:

Gregorio: nada al cantor determina
 como el gentil estímulo del beso.
 Gloria al sabor de la boca divina.
 ¡la mejor musa es la de carne y hueso!

Digo que no puede decirse el amor

Jaime Sabines

Digo que no puede decirse el amor.

El amor se come como un pan,
se muerde como un labio,
se bebe como un manantial.

El amor se llora como a un muerto,
se goza como un disfraz.

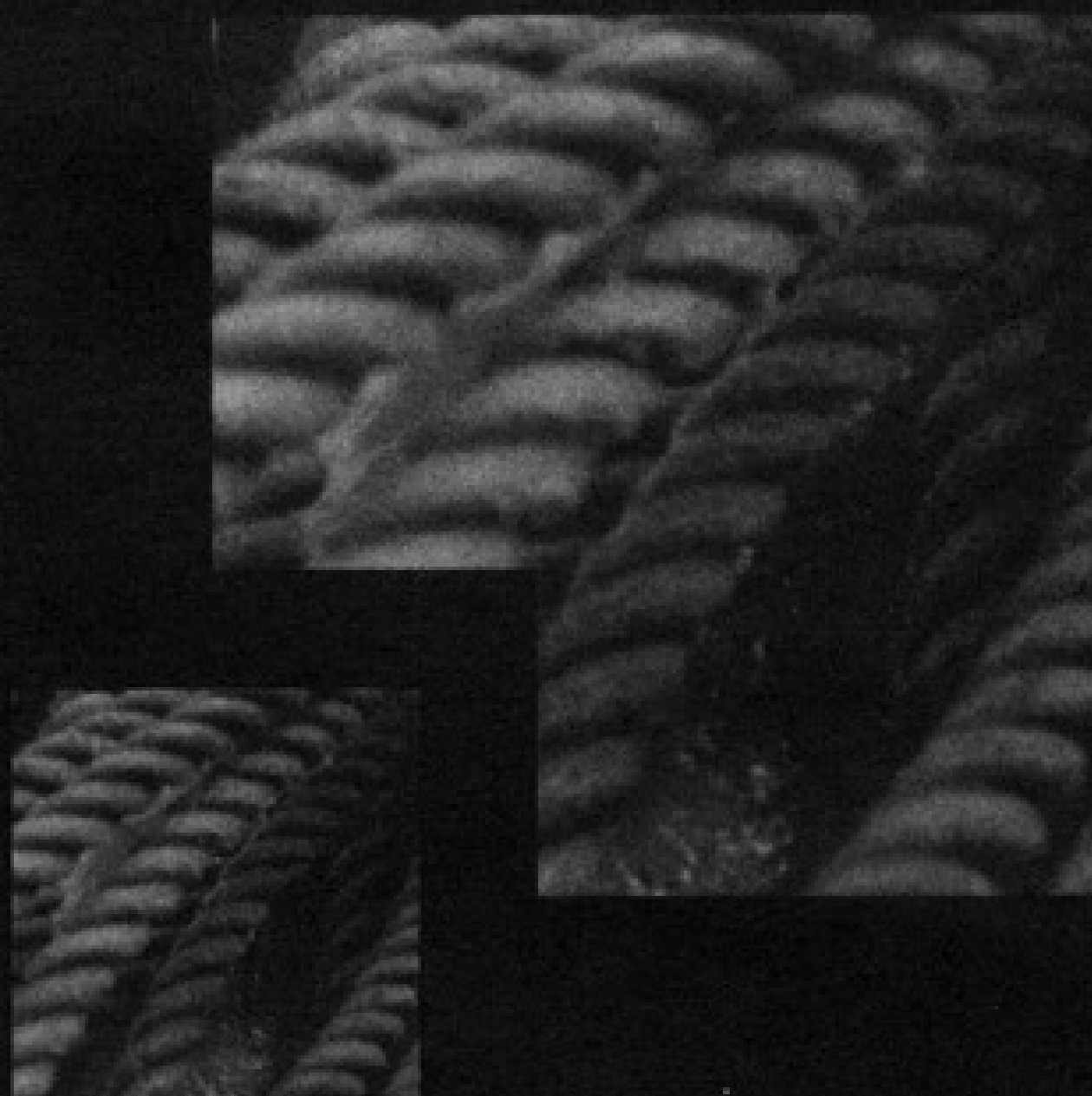
El amor duele como un callo,
aturde como un panal,
y es sabroso como la uva de cera
y como la vida es mortal.

El amor no se dice con nada,
ni con palabras ni con callar.

Trata de decirlo el aire
y lo está ensayando el mar.
Pero el amante lo tiene prendido,
untado en la sangre lunar,
y el amor es igual que una brasa
y una espiga de sal.

La mano de un manco lo puede tocar,
la lengua de un mudo, los ojos de un ciego,
decir y mirar.

El amor no tiene remedio
y sólo quiere jugar.



ACADEMIA

Es motivo de profundo orgullo, no sólo para los que conformamos la gran familia que es la Escuela Libre de Derecho, sino para la comunidad jurídica en general, el que en días pasados el maestro Fauzi Hamdán Amad haya sido admitido como Académico de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, A.C. Es por ello que a continuación presentamos el interesante discurso pronunciado por el maestro Hamdán con motivo de su ingreso a tan insigne institución, aprovechando para felicitarlo por tan importante logro, enhorabuena.

La Justicia: causa final del estado

Fauzi Hamdán Amad

Abogado por la Escuela Libre de Derecho; catedrático de Derecho Administrativo
de la Escuela Libre de Derecho y Senador de la República

Es característica común de las cosas y de los fenómenos que sobre aquéllas se dan -incluyendo al hombre- que en su dinámica evolutiva y de transformación sufran mutaciones cíclicas, algunas previsibles y otras sorpresivas e inesperadas, que conducen a un desequilibrio endógeno que altera el desarrollo y desenvolvimiento de los seres. Los fenómenos sociales participan, indiscutiblemente, de tal característica que registra inexorablemente la historiografía de la humanidad. También, por las mismas circunstancias ontológicas, probables y posibles, los valores que se predicen de las cosas en sí mismas o de los seres humanos son también arrastrados por esos cambios y mutaciones que dan lugar a lo que se denomina genéricamente como crisis. Particularizando dicha fenomenología ontológica y axiológica, al ámbito de nuestra sociedad mexicana, es incuestionable que nuevamente la justicia, como valor supremo y causa final del Estado y del derecho, se encuentra en franca controversia por las embestidas y agresiones de que ha sido objeto. Sin embargo, que quede claro, que no se trata de que estemos en una crisis de valores, ya que en lo esencial la humanidad ha conocido dos grandes paradigmas morales: la ética del honor, celebrada por los griegos y romanos antiguos, y la ética de la caridad, piedad y compasión, la cual se elaboró siguiendo los surcos trazados por las grandes religiones. La moral no se fundamenta, se recibe, se aplica y, a lo sumo, es objeto de reflexión filosófica. La ética del honor hace énfasis en la virtud, en el coraje civil, en el mérito, en el dominio de sí mismo y en el reconocimiento que ese dominio reclama; en tanto que la ética de la caridad insiste con mayor vigor en la humildad, en la ausencia de méritos y en el desposeimiento. Ambos participan del Bien (con mayúscula), relacionado con la superación de sí mismo y de la sociedad. El sentido moderno de logro, competencia y conquista, así como el sentido de la igualdad de los individuos y de una igualdad ante la ley proviene de ese sentido de la justicia universal, mientras que la ética de la compasión y piedad, procede de una moral de caridad.

Por ello, quizá más que nunca, es necesario rescatar su valor primario y fundamental, más allá de criticar o de dar soluciones parciales o tangenciales a individualidades relativas al cómo impartirse o realizarse la justicia –todo lo cual es perfectamente plausible y también factible de enderezarse y mejorarse– pero carecería de un fundamento sólido para lograr su permanencia, si no se valora y se sustenta, en su última causa, dicho valor supremo. Ha sido preocupación, desde que el hombre es hombre, en su propia individualidad y en sus relaciones sociales, alcanzar y lograr dicha meta tan añorada de la justicia. Sólo por mencionar algunos (Platón, Aristóteles, Ulpiano, Cicerón, Santo Tomás, Proudhon, Wolf, Kant, Brunner, Radbruch, Stammler, Rawls, Campbell, etc.) y, en general, todos los pensadores, dentro de las diferentes vertientes de su pensamiento filosófico han buscado afanosamente los principios que sustentan la justicia. Es innegable que la justicia constituye para el hombre y para las instituciones sociales la primera virtud, como la verdad lo es del sistema del pensamiento. Así, aun cuando las leyes e instituciones están debidamente ordenadas y son eficientes, serán rechazadas y combatidas, si son injustas. Cada persona intuye en su esencia lo que por justicia se entiende y la considera, incluso la posee, como un valor inviolable fundamental, como también la sociedad la aprecia como la virtud de las virtudes; sin embargo, en el fuero interno de cada persona se reconoce su relatividad. Por ello, incumbe a toda la sociedad, comunidad social y a los hombres que la integran, alcanzar dicho fin supremo e instrumentar los mecanismos para alcanzarla, aunque de antemano se tenga conciencia clara de la imposibilidad de lograrlo como virtud suprema; empero, la persona en lo individual y como ser social, es compelido naturalmente a buscarla y hacerla efectiva.

Cuanto más profunda es una crisis, más es el empeño de los hombres por rescatar lo mejor o lo más dable de ella. La justicia no es la excepción; por el contrario, constituye el acicate que con mayor fuerza irrumpe, explota y clama su lugar preponderante e irrenunciable en la vida del hombre y de la sociedad. Por ello, con razón, Rudolf von Hering expresa que el Derecho y, por ende, su fin primario de la justicia, es una permanente lucha, en muchos casos heroica para combatir la injusticia. Aquí, la lucha no es un elemento extraño al Derecho, antes bien es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea. No hay Derecho en el mundo que no haya sido adquirido y conquistado por la fuerza. Los Principios Generales del Derecho que están hoy en vigor ha sido necesario imponerlos por la lucha a los que no los aceptan, por lo que todo Derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, supone que estén dispuestos a defenderlo. El Derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza; he ahí porque la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el Derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerla efectiva. La espada sin la balanza es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia. El Derecho es un trabajo afanoso y constante sin desmayo ni descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino el de todos los que integran el pueblo del Estado.

Por estas razones, se hace preciso reelaborar una teoría de la justicia a la luz de la cual puedan interpretarse y valorarse estas afirmaciones. Asumiendo y partiendo de que una sociedad es una asociación de personas que reconocen ciertas reglas de conducta obligatorias en sus relaciones y que la mayoría de sus integrantes actúan de acuerdo con ellas, supone necesaria e inexorable-

mente un alto grado de cooperación para promover el bien de los que la integran, por existir una identidad de intereses que permitan alcanzar la satisfacción de sus necesidades físicas, sociales, culturales y morales. De alguna u otra manera todos aquellos grandes pensadores que se han preocupado y ocupado del tema, en esencia coinciden con lo anterior.*

Esclarecer y desentrañar la forma y el modo de promover el Bien de todos los que integran una sociedad, constituye fundamentalmente la gran dificultad de su aplicación, pues aunque cada uno y todos los miembros de una sociedad están conscientes de procurar lo mejor a sus integrantes, surge de inmediato conflicto de intereses respecto a cómo han de distribuirse los mayores beneficios por su colaboración, pues por la misma tendencia egocentrista, también connatural al hombre, cada uno de sus integrantes prefiere una participación mayor que una menor. Es entonces necesario un conjunto de principios, que a su vez no sean cuestionables o cuestionados, que permitan arribar a la armoniosa división de ventajas y de participaciones distribuidas en forma correcta, principios que sustentan la llamada justicia social. He aquí, sin embargo, que las sociedades rara vez están bien ordenadas, pues constantemente está en discusión lo que es justo e injusto, por estar en desacuerdo sobre cuáles son los principios que debieran definir los términos básicos de sus relaciones. Parece entonces natural también que haya un divorcio entre el concepto de justicia y las diferentes concepciones de ella por el distinto papel que tienen en común estos diferentes principios y concepciones. Más aún, el meollo es determinar qué diferencias entre las personas serán importantes o relevantes para determinar sus obligaciones y derechos, y la correcta división de ventajas para unos y otros.

El objeto de la justicia abarca todo: desde las acciones particulares hasta las leyes, instituciones en las que se sustentan y los propios sistemas sociales. También, solemos llamar justas e injustas a las actitudes y disposiciones de las personas, así como a las personas en sí mismas; sin embargo, me limito únicamente a la justicia social. El objeto primario de la justicia es indefectiblemente la estructura básica de la sociedad, o dicho de otro modo, la manera en que las instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y condicionan o determinan la distribución de las ventajas provenientes de la cooperación social.

Entre las instituciones más importantes incluyo la Constitución Política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así, la protección jurídica de la libertad en todas sus manifestaciones, la competencia, la propiedad privada, etc., son sólo ejemplos hoy en día de instituciones sociales destacadas. No siempre lo fueron y en la evolución de las sociedades muchas de estas instituciones, simplemente las desconocían o no habían tomado conciencia de ellas, o bien, en otros casos las combatían y reprimían. Principios que todas las sociedades humanas acepten como fundamentales y válidos, es una quimera y una expectativa deseable pero improbable de alcanzar.

* La justicia en sus diferentes formas de expresarse acoge el principio de armonía en lo individual y en lo social, de ahí la división de justicia conmutativa, distributiva y, muy recientemente, la llamada social. Cualquiera que sea el contenido de las definiciones de los grandes pensadores, en esencia, se procura a través de ella dar a cada uno lo suyo, tal como la definió Ulpiano.

No estando de acuerdo las diversas formas de asociación humana en las instituciones fundamentales, la única alternativa, a mi parecer, es la noción intuitiva Bergsoniana en cuanto aquellos principios inmutables que dan soporte y sustento a las diversas y múltiples instituciones que conforman la estructura invisible de las sociedades. Tampoco es dable, dentro del contexto a que me estoy refiriendo, hacer referencia a la justicia de las prácticas y a las diferentes y múltiples instituciones sociales, ni tampoco a la justicia del llamado Derecho Internacional o a la de las relaciones entre Estados, no por ser menos importantes, sino porque el ámbito de su aplicación, aun formando parte indiscutible de la justicia, trasciende hoy en día la dinámica de los principios que informan el quehacer de las sociedades individuales, que también participan las sociedades integradoras, verticales y piramidales que como tendencia natural las agrupan, y que hoy en día se encuentran en la fase de integrar nuevas instituciones en ese ámbito globalizador, pero finalmente sustentado bajo los mismos principios rectores de la justicia. El sentido más específico, pero no por ello más simple que de justicia social se da es el de la *pleonexia*, formulado en mi opinión por el más grande filósofo de todos los tiempos: Aristóteles, consistente en abstenerse de obtener para uno mismo cierta ventaja apoderándose de lo que pertenece a otro, sea en sus bienes, remuneraciones, empleo o cosas semejantes, o bien, negándole a una persona lo que le es debido. La perspectiva Aristotélica, que permea a lo largo de la Historia, está proyectada al ámbito de la acciones como virtud moral, diría Santo Tomás, o como principio fundamental o imperativo categórico, como señalara Kant.

Por ello, lo injusto no sólo hiere el anhelo de felicidad, sino que además destruye un orden, porque arrebatada lo que no pertenece a aquel que lo sustrae. El que sufre una acción injusta provoca indignación, interfiere violentamente en su existencia, y finalmente atenta contra quien la padece. Tomando igualmente al estagirita, la justicia se materializa, como general o legal, en una adecuación entre los actos y el bien común; exige el cumplimiento de las leyes cuando éstas sólo respondan a la idea de equilibrio y armonía entre los integrantes de una sociedad. La diáfana y transparente distinción entre las justicias conmutativa y distributiva que el propio Aristóteles hace, como especie de la justicia en general, apuntalan el principio básico de justicia que él dió. Los matices que como modalidades se imponen a la justicia, demuestran su propia vulnerabilidad y relatividad, que corroboran todos aquellos que sobre el tema se han ocupado, principalmente Kelsen. Lo absoluto, definitivo, universal del concepto de justicia carece de sustento lógico, dentro de la fenomenología social, pues los principios en los que se pueden sustentar tales características varían de tiempo y lugar. Lo único perenne e inmutable es el sentido de la justicia, como virtud, como facultad y como dignidad de una persona o de una sociedad para afirmarse consigo mismo y con los demás. Por ello, la justicia llamada legal, traducida en leyes, es por esencia contingente y mutable, con independencia de que su causa final siempre será la justicia. La rigidez misma de la justicia legal ha sido atenuada por la equidad, ante la imposibilidad de que a los miembros integrantes de la sociedad pueda aplicárseles a todos por igual y bajo diferentes circunstancias. Por ello cobra relevancia la imparcialidad como principio fundamental de la justicia, recogida en la figura señera que la representa como ciega; ciega de preferencias, inclinaciones y perturbaciones del entendimiento y la razón de lo que cada uno le corresponde tener y hacer: ciega de los influjos que las pasiones del hombre

alteran su equilibrio y armonía; ciega ante las convulsiones que sacuden el edificio en que se sustenta; y finalmente ciega ante el escepticismo de la ceguera de los hombres que la sepultan.

Otros dos de los principios fundamentales que sustentan la justicia, además de la imparcialidad, es el de la igualdad en la repartición de los derechos y obligaciones básicos y también el de la propia desigualdad social y económica que impera en las sociedades. De lo anterior se colige el principio fundamental de tratar igual a los iguales y diferentes a los que se encuentran en condiciones desiguales. Tales principios reprueban aquellas instituciones que se fundan en que las privaciones de algunos se compensan mediante un mayor bien para todos en general; que algunos deban tener menos con objeto de que otros prosperen o que todos por igual accedan a los mismos satisfactores en las mismas condiciones y circunstancias.

Los tres principios, armónicamente integrados, constituyen la base equitativa para el mejor desenvolvimiento social. A pesar de todo, permanece vigente la cuestión o duda sobre la elección de los principios secundarios que hagan efectivos los principios fundamentales a que me he referido y, por ello mismo, su relatividad en su aplicación en la vida diaria.

El principio de igualdad conlleva a una interpretación democrática, en cuanto al ajuste e igualdad de oportunidades, respetando igualmente el principio diferencial entre los sujetos. Dicho principio resuelve la indeterminación del principio de la eficacia al excluir una posición particular desde la cual deben juzgarse las desigualdades económicas y sociales de los integrantes de una sociedad. En consecuencia, un esquema es injusto cuando, dentro de las diversas expectativas y alternativas, se aplica la que lesiona al mayor número de intereses de los sujetos diferenciados, de manera que un acuerdo será injusto en función directa de las excesivas expectativas y de la medida en que dependan de la violación de los otros principios de la justicia, por ejemplo, la justa igualdad de oportunidades. Una sociedad debería tratar de evitar situaciones en las cuales las contribuciones marginales de los mejores colocados sean negativas, ya que, *ceteris paribus*, esto parece una falta más grave que el no alcanzar el mejor esquema cuando estas contribuciones son positivas. Por ende, entre mayor es la diferencia entre las clases, mayor será la violación tanto al principio de la recíproca ventaja como la igualdad democrática. Intuitivamente todos reconocemos que un sistema social debe estructurarse de modo tal que, sea cual fuera su resultado, éste sea siempre justo, al menos mientras se mantenga dentro de cierto parámetro. Para ilustrar lo señalado piénsese el caso más simple de una división justa. Un pastel habrá de dividirse entre un número de personas: suponiendo que una división justa sea una división igualitaria, ¿cuál es el procedimiento, si es que lo hay, que dará ese resultado? Haciendo a un lado los tecnicismos, la solución obvia es que una persona divida el pastel y tome la última parte, permitiendo a los otros que escojan antes. Lo lógico será que el pastel lo divida en partes iguales, ya que de ese modo estará seguro de obtener la mayor porción posible. Este ejemplo, aun cuando simple, ilustra los rasgos característicos de los tres principios fundamentales que rigen la justicia.

Otro caso que puede ejemplificarse, en la llamada justicia procesal imperfecta, lo constituye un juicio penal. El resultado deseado es que el acusado sea declarado culpable, sólo si ha cometido el delito que se le imputa. El procedimiento que instituyen las leyes busca esclarecer la verdad del

caso, pero parece imposible diseñar normas jurídicas tales que conduzcan siempre al resultado correcto. La teoría procesal, sea cual sea la materia sobre la que verse, sólo examina las reglas procedimentales de pruebas y similares y el de igualdad de las partes en un procedimiento, de ahí que todos los tecnicismos que apuntalan los procedimientos, incluyendo sus diferencias contingentes, resulten irrelevantes para la teoría de la justicia. Por ello, con razón se dice que aun cuando se apliquen de manera escrupulosa y cuidadosa las normas procedimentales, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse no obstante ello a un resultado equivocado. Un hombre inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad. En tales casos hablamos de un error de la justicia. La injusticia surge necesariamente de un fallo humano o en muchas ocasiones de una combinación fortuita de circunstancias que hacen fracasar el objetivo de las normas jurídicas. Lo que sí es factible es alcanzar un procedimiento correcto e imparcial, independientemente que en casos excepcionales conduzca a un resultado fallido.

Uno de los aspectos más importantes de la llamada justicia social lo constituye la base de bienes o satisfactores sociales primarios que como expectativa deben ser satisfechos por todos sus integrantes. Es cierto que esa distribución de los bienes sociales primarios en ninguna sociedad alcanza por igual a todos los miembros que la integran, en virtud de que también impera, en el concepto de justicia, el principio de diferencia entre los sujetos que la componen.

No obstante ello, el principio de diferencia apunta a un límite que no arrebathe los bienes fundamentales que la sociedad exige para su satisfacción, bienes que en el devenir del tiempo se han modificado, con una tendencia creciente tanto cuantitativa como cualitativa. El principio de diferencia introduce el elemento de comparación y ésta indiscutiblemente se hace en términos de las expectativas de bienes primarios. En efecto, la teoría del bien encuentra nuevamente su origen en Aristóteles; filósofos que en otros aspectos son tan deficientes como Kant y Sidgwick, aceptan variaciones que en lo esencial son coincidentes. La idea troncal es que el bien de una persona esté determinado por un plano de vida racional a largo plazo, en circunstancias razonables y que en una sociedad esa idea sea compartida por el mayor número de sus integrantes. El primer problema que surge es el de la confección del índice de esos bienes primarios. Hay categorías de bienes que no admiten división o sacrificio para que unos gocen y otros los carezcan. Dentro de esta categoría se encuentran las llamadas libertades básicas y que son siempre iguales y que todos por igual las pueden obtener, gozar y ejercer; estos derechos y libertades no necesitan ser confrontados con otros valores, mientras que su ejercicio no vulnere el de los otros. Los bienes sociales primarios que pueden variar en su distribución son indiscutiblemente las facultades y prerrogativas de la autoridad, el ingreso y la riqueza, a los cuales, dentro de la relatividad de la justicia, se aplican los principios de igualdad de oportunidades, de diferencia y de trato desigual a los desiguales, de manera que dentro de la imparcialidad de la justicia se juzga al sistema social desde la posición de la igualdad y de los diversos niveles de ingreso y riqueza. Sin embargo, en ocasiones puede ser necesario tomar en cuenta otras posiciones, en cuyos casos entra en el escenario el principio de equidad, como individualización de la justicia.

Por ejemplo, si existen derechos básicos desiguales permanentes, tales desigualdades determinarán posiciones relevantes entre los mismos sujetos, colocando a unos en posición superior a la de otros y gozando privilegios o prerrogativas inaceptables en términos de justicia. Por ello, dentro de la evolución que la justicia ha tenido en el tiempo, las distinciones basadas en el sexo, raza o cultura no encuentran hoy en día eco o aceptación, son repudiadas vehementemente. Sin embargo, todavía no hace mucho tiempo se otorgaban privilegios o derechos en razón de tales características. Por otro lado, cada vez cobra mayor fuerza el principio de tratar igualmente a todas las personas y proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, exigiendo a la sociedad dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea que subyace es el principio de diferencia para compensar las ventajas contingentes y encauzar el de la igualdad. Esta compensación a los menos favorecidos no constituye evidentemente el único criterio de justicia ni tampoco el objetivo del orden social. Es más probable que, como la mayoría de los principios enunciados, constituya un principio *prima facie* que deba ser considerado en comparación con otros.

En razón de tales circunstancias, la distribución natural, o más bien, de las potencialidades y cualidades, físicas e intelectuales, no es objeto de la justicia, ya que tal distribución no se califica ni de justa ni de injusta, excepto por aquellos que, como resabio del pasado, todavía aluden a la llamada justicia divina, cuyo terreno desde luego no es materia de análisis. Estos son hechos meramente naturales y lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a estos hechos.

Por ello, las sociedades aristocráticas, plutocráticas y de castas son injustas porque hacen de estas contingencias el fundamento adscriptivo para pertenecer a clases sociales más o menos cerradas y privilegiadas. Dicho de otro modo, la estructura básica de estas sociedades incorpora la arbitrariedad de la naturaleza. Por ello, la justicia obliga a los hombres a aprovecharse de los accidentes de la naturaleza y de las circunstancias sociales, sólo cuando al hacerlo sea para el beneficio común. Dichos principios de la justicia constituyen una manera equitativa de afrontar las arbitrariedades de la fortuna. Tampoco, al amparo de tales principios, se debe conducir a una sociedad totalmente meritocrática, pues se corre el peligro de desembocar en el exceso de las capacidades naturales o adquiridas en demérito o desmedro de los que carecen de esas capacidades. Si se admitiera tal interpretación meritocrática, conduciría, como de hecho conduce en muchas sociedades, a una notoria disparidad entre las clases altas y las clases bajas, tanto en los medios de vida, como en los derechos y privilegios respecto a la autoridad organizadora. En estas circunstancias, una sociedad preponderantemente meritocrática constituye un peligro para las otras formas de interpretación de la justicia, aunque no necesariamente para la concepción democrática *per se*. Aplicar con medida y buen entendimiento tales principios acercaría a una mejor forma de hacer justicia, en cualquiera de sus vertientes y modalidades. Rescatar los valores implícitos de la justicia, sea en la acción individual del hombre, como virtud, o en la forma de organización social, enaltece y dignifica a quienes la proclaman y defienden y, desde luego, hasta la vida misma por ella debe de sacrificarse.

La Libre en la piel del cielo

César Borja Garduño

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

*"Mamá, ¿allá atrás se acaba el mundo? No, no se acaba. - Demuéstramelo.
- Te voy a llevar más lejos de lo que se ve a simple vista"*

Con este párrafo inicia *La Piel del Cielo*, obra reconocida con el premio *Alfaguara de Novela 2001*. Su autora es la escritora y periodista Elena Poniatowska, aquella que escribiera las famosas entrevistas y ensayos de la *Noche de Tlatelolco* (1971) y *Fuerte es el silencio* (1980).

La Escuela Libre de Derecho ha sido desde sus inicios en 1912 una reconocida institución de enseñanza del Derecho. Y es así como en la obra, nuestra Escuela juega un papel importante. Simplemente el principal personaje de está fue por algunos años estudiante de la misma.

Hablamos de Lorenzo de Tena, segundo hijo de Florencia, mujer de estrato humilde que habitaba en Coyoacán en una huerta. Aquel Coyoacán arbolado en el que se iniciaba el día con las labores del hogar: ir por agua al pozo, dar pastura a las vacas, ordeñarlas... Mujer entregada al trabajo para sostener a sus cinco hijos y el único mal que les hizo fue morir.

Su padre, Don Joaquín de Tena, vivía en la Colonia Juárez con su hermana y los domingos por la tarde viajaba a Coyoacán en coche de alquiler desde la "ciudad". Para su hermana Cayetana Joaquín era soltero. La clase social a la que pertenecía invalidaba cualquier unión y por lo tanto los hijos no existían, al referirse a Florencia lo hacía llamándola como el error de Joaquín "la campesina". Los hijos nunca habían convivido con su padre y poco sabían de la "ciudad" hasta que su madre muere y por forzadas razones van a vivir con su padre y su tía.

Así se desarrollan los jóvenes con bases en la educación marista. Durante su estadía con los maristas ya denotaba Lorenzo una clara inteligencia y carácter curioso más allá de los que hacían gala sus compañeros, situación de la cual estaban conscientes los seminaristas. Bajo la educación de su tía Cayetana se formaron con principios católicos.

Diego Beristáin, amigo de la infancia en la ciudad de los de Tena va a seguir un camino paralelo a lo que Lorenzo en principio iniciaría. Años después cuando Lorenzo terminó la educación marista su Tía Cayetana le daría un "golpe asestado" a su sobrino sin darse cuenta cuando dijo con aire triunfante "que gracias al apoyo del reconocido Guilebaldo Murillo, abogado de la Mitra, Lorenzo ingresaría a la Escuela Libre de Derecho".

Y es precisamente en este punto de la novela cuando empieza a girar alrededor de nuestra institución una historia cuyo final es inimaginable. Lorenzo iba a ser estudiante de la Escuela Libre de Derecho ubicada en la calle de Basilio Badillo mientras que la pandilla (sus amigos) iban a entrar en la puerta de la Escuela Nacional de Jurisprudencia en la esquina de Argentina y San Idelfonso. Tanto en la Escuela Nacional de Jurisprudencia como en la Escuela Libre de Derecho los *"estudiantes estaban vestidos de traje y corbata. Era muy raro que alguno fuese enchamarrado y los "perros" de primer año humillados el día de su ingreso, usaban boina o sombrero para esconder su cabeza rapada"*. Desde sus primeros días Lorenzo trabajaba en un bufete y asistía a tribunales, narra la autora: *"A las once de la mañana no cabía un flaco en los juzgados de primera instancia y los de delitos menores, en Donceles 100, a un lado de la Enseñanza"*. Para Lorenzo no fue naturalmente fácil adaptarse a la Escuela Libre de Derecho por su irreparable rencor a la decisión de su tía de separarlo de sus amigos. Lorenzo era un científico al cual poco interés podría inspirarle la jurisprudencia. Por su poco interés pero basta inteligencia Lorenzo iba a tener muchas diferencias con los maestros de La Libre como se puede concluir de la siguiente discusión: *"¿Demagogo yo? - se atragantó Lorenzo, - Sí señor De Tena, sí absolutamente. Los conocimientos heredados hace siglos son verdades absolutas. Poner todo en entredicho es una provocación. Baje usted por favor del podio y regrese a su lugar. El respeto a creencias milenarias es algo que todos exigimos en esta institución,... ¡Este es un semillero de puestos públicos, nadie discute nada porque todos aspiran al poder y temen no llegar si se insubordinan! ... El poder en México denigra al individuo. No discutir ni investigar es obstruir el progreso de la ciencia. Hay que volver a cuestionarlo todo..."* *"...en lo que dice hay un acento de prepotencia que a muchos maestros nos disgusta particularmente..."*.

Lorenzo iba a terminar abandonando la Escuela. Algunos días antes decía a su amigo Diego quien disfrutaba de los mismos estudios en la Escuela Nacional de Jurisprudencia con las ansias de ser rico y feliz, para *"hacer grandes cosas por México, porque todos los que valen son abogados"*: *"odio la carrera cada vez más y lo que más ansío es abandonarla, a mí no me interesa ser como los que valen"*. Así, Lorenzo días después de abandonar la Escuela le anunciaba a su tía: *"Tía no quiero ser abogado, no aguanto la corrupción, las trácalas, las tareas que nos encomiendan son una degradación, tampoco tengo estomago para los desahucios"*. Siguió un tiempo trabajando en el bufete porque necesitaba el dinero hasta que su tiempo se empezó a ver consumido por su participación en la Liga de Acción Política. Para empezar así a enrolarse en la tendencia socialista tomado de la mano de la juventud comunista de esos tiempos, la protesta, los motines y la persecución eran pan de cada día. Su única meta para el país era sustentar el desarrollo nacional a través de la Ciencia.

Al final del día terminaría siendo un gran astrónomo y dedicar toda su vida a la ciencia y a la academia. El final del libro sin embargo no se enfoca en este punto pero de ahí mi invitación a la lectura de la novela que ha dado pie a este análisis de algunos párrafos en la cual la historia se ve influida por la Histórica Institución que ha sido nuestra Escuela para el País.

En un análisis objetivo la Escuela Libre de Derecho es presentada como *la otra Escuela* que no es la Nacional de Jurisprudencia. Hecho que se entiende perfectamente con el antecedente de los acontecimientos que llevaron a fundar la misma. La novela gira alrededor del inmueble ubicado en la calle Basilio Badillo. Se enfoca a la libre como una Escuela naturalmente de mucho prestigio y con tendencias conservadoras. El enfoque que la autora da hacia la Escuela Libre de Derecho, hay que dejar claro que es en la época de los primeros veinte años a partir de la fundación de ésta. Menciona a estudiantes y maestros en cuyos casos el cuestionamiento de principios y verdades absolutas del derecho no es admisible. Habla del perfil de los estudiantes de derecho como los vestidos de traje y corbata desde el primer día y así también de la costumbre de bienvenida hacia los alumnos de nuevo ingreso.

Quizá muchas de estas cosas no son ciertas, estamos hablando simplemente de una novela. Pero hay que recalcar como la Escuela viene siendo actor principal en la historia desde su formación, como ha sido respetada y al mismo tiempo como ha sido criticada. Y apuntar que la Escuela está ahí, por su tradición, por su exigencia, y por la relevancia de sus alumnos y ex-alumnos.

Nuestra responsabilidad como alumnos y ex-alumnos no es poca, es entender que la Escuela viene siendo parte de la historia de este país, y que en nosotros está que sigan escribiéndose más Piel del Cielo donde la Escuela juega un papel fundamental.

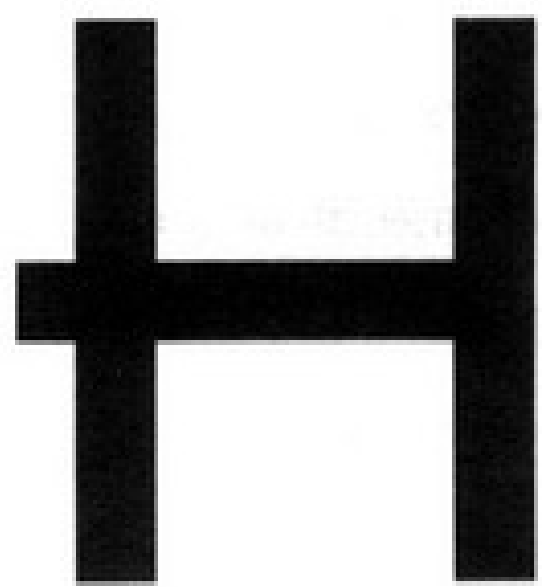
La Sabiduría*

Beatriz Paulina Cabrera Rueda

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

Radiante e incorruptible es la sabiduría; con facilidad la contemplan quienes la aman
y ella se deja encontrar por quienes la buscan.
Darle la primacía en el pensamiento es prudencia consumada.

Del libro de la Sabiduría



onorables miembros del jurado calificador, autoridades que nos acompañan, profesores, compañeros, amigos todos.

Hélo aquí, el siglo XXI en su umbral y el pensador sigue sin pasar ¿Dónde está? Sigue sentado, con su apariencia falsa y frívola, honor sin virtud, razón sin sabiduría y placer sin felicidad.

Henos aquí, los hijos de la postmodernidad, hijos quizá de este pensador muerto en vida. Para colmar el futuro del cual somos herederos, debemos cruzar aquel umbral.

Menester será entonces comenzar el recorrido por el magnánimo documento denominado historia. Esto nos obliga a tornar nuestra mirada a la antigua Grecia, la honrosa cuna de aquella terna de hombres que cambiara el decurso del saber. Sócrates con la mayéutica y su lema del oráculo de Delfos; Platón y el enigmático mundo de las ideas dirigido por la fortaleza, la templaza, la justicia y la prudencia; y Aristóteles compendio vivo de arte, ciencia y humanidades.

Siglos más tarde apareció el hombre que le puso fin al limbo de Dante, Jesucristo, hombre que a sus 33 años había logrado establecer una de las ideologías más revolucionarias de todos los tiempos, la revolución cristiana.

Conciliar los dos grandes pilares de la existencia humana, fe y razón, fue la tarea que San Agustín y Santo Tomás llevaron a cabo para concluir el capítulo de la filosofía llamado teología medieval. Labor contraria fue consumada por Lutero y Calvino. A partir de entonces una nueva libertad,

* Discurso ganador del segundo lugar en el concurso de oratoria de la Escuela Libre de Derecho 2002.

libertad de interpretar la palabra divina, libertad de redimirse con el trabajo y quitarle así el precio al perdón, libertad de aceptar los designios de Dios.

Después el autor del cisma de la ética y la política. Se le ha presentado como un cínico total, patriota apasionado, nacionalista ardiente, jesuita político, demócrata convencido y adulator carente de escrúpulos que buscaba el favor de los déspotas, Nicolás Maquiavelo, figura atacada por el maniqueísmo incesante de los críticos de estrecho horizonte.

Con Descartes arribamos al pensamiento moderno. El genio maligno, la duda metódica se convierte en el tótem que guía la búsqueda de la verdad. Mas esta efigie es sólo el principio de la disyunción del camino, racionalistas y empiristas encuentran aquí su origen.

Es en el siglo XVIII donde encontramos a los forjadores del lema revolucionario "igualdad, libertad y fraternidad" es la época en la que ubicamos un poeta como Voltaire, un novelista como Rousseau, un hombre de ciencia como Diderot, un funcionario público como Turgot y un metafísico como Holbach escribiendo acerca de teoría política con la misma naturalidad con que un sociólogo como Montesquieu escribiera sátiras y a la vez propusiera la división de poderes que hasta hoy rige casi toda la política mundial.

Kant, que nos introdujo a la mayoría de edad de la humanidad y nos incitó a tomar valor para servirnos de nuestro entendimiento, es el hombre que plantea la ética autónoma, una ética formal que nos libera de la heteronomía del opresor.

A su vez nos mostró Hegel que la historia universal es el proceso mediante el cual se da la civilización del hombre y la libertad subjetiva. Nos mostró que la historia es el juego dialéctico en el que el hombre retrocede su mirar mas no sus pasos.

Y henos aquí imbuidos todavía en las ideas de los existencialistas, de los estructural-funcionalistas y de los grandes sociólogos buscadores de la humanidad ecuménica.

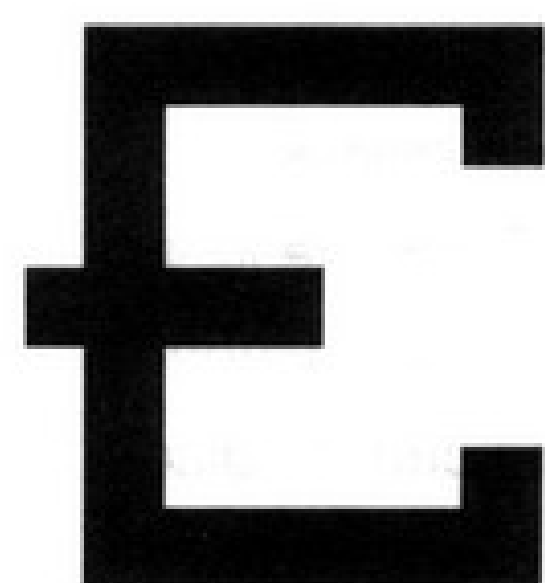
Hijo de la postmodernidad perdido tu ánimo entre la superstición y el libertinaje, ¿Quién nos volverá al justo medio sin perdernos en la Rayuela? ¿Quién beberá con honor la cicuta socrática? ¿Quién asumirá con dignidad el exilio maquiavélico? ¿Quién será capaz de izar la fuerza del Leviatán? ¿Quién tendrá el valor de destruir al Estado? ¿Quién nos mostrará el camino de Dios? y ¿Quién atentará contra él?

Pensador del nuevo siglo, despierta y levanta tu mirada a la salida de la caverna que te mantiene preso, guía tu alma por las siluetas del saber hasta hoy adquirido por la humanidad, y al final, llena tu corazón de la flama eterna del bien y la verdad canto abrasador, prudencia consumada.

La Libre en Cannes

Jonathan Vera Olmos

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho



El motivo del presente artículo es hacer un homenaje a manera de crónica a Carlos Reygadas Castillo, mexicano que con su película "Batalla en el cielo" fue el encargado de abrir el muy prestigiado festival de Cannes en su más reciente edición, y que entre muchas otras peculiaridades tiene la de ser egresado de nuestra querida escuela.

Sin duda que el camino que ha seguido la vida de Reygadas es un tanto especial, por no decir extraño. ¿Quién se hubiera imaginado que alguien después de terminar la carrera de Derecho en una escuela tan exigente como lo es la nuestra y de hacer carrera en el Servicio Exterior Mexicano durante algunos años, pensaría en dejar el Derecho para dedicarse a hacer cine, y que además lo haría con tanto éxito y reconocimiento (dentro de la liga del cine no comercial)?

Es importante mencionar que el acercamiento de Reygadas con Cannes no es el primero. Con su primera película llamada *Japón* ya había estado presente, e incluso ganando el premio de *La Cámara d'Ore* de dicho festival, que sin ser un premio de la competencia oficial es un premio muy importante. Y fue precisamente la buena impresión de *Japón* la que le valió la oportunidad no sólo de participar en la sección oficial del festival, sino el honor aun mayor de inaugurarlos, cosa que no es menor ya que había muchos otros directores en competencia que gozan de mayor experiencia y de un gran reconocimiento.

Pero ahí no terminan las sorpresas, ya que estando en competencia causó una gran impresión entre el público, que ovacionó la película de pie, la cual llegó a ser calificada por la prensa como la favorita para ganar el festival, empero ello a la postre no sucedió. Sin embargo cabe mencionar que la decisión del jurado de dar la palma de oro a la película *L'Enfant* de los hermanos Luc y Jean Dardenne que convirtió a Reygadas en el "gran perdedor" fue la más controvertida de muchos años en Cannes.

Y ya para finalizar, respecto de la película no me gustaría contar detalles, creo que verla es una experiencia que se debe vivir de modo particular y de la cual todos deben tener su propia opinión, seguro no será de agrado para todos ya que sin duda es un cine muy arriesgado y muy poco convencional, sin embargo es una experiencia que todos deberían de tener, si no para entretenerse sí para saber que existen otro tipo de propuestas cinematográficas además del cine comercial que aunque puede ser muy entretenido no agota el universo de la creación cinematográfica tal como lo demuestra Reygadas y su "Batalla en el cielo".

Lunes

Uzziel Isaías Rodríguez Martínez

Estudia la carrera de Abogacía en la Escuela Libre de Derecho

Llego rayando a clase de siete. El tráfico estaba espantoso. Al echar un vistazo al *quórum* es evidente que más de uno no contó con la misma suerte que yo. Tediosa, larga y monótona, continúa la clase. No es culpa del tema, ni de la materia, tampoco del Catedrático. Es sólo que estoy distraído y cansado. Luchando por permanecer despierto y descubriendo que el fugaz fin de semana no alcanzó para cubrir los planes de estudio ni de descanso; pensando en el despacho, en el trabajo de preordinario y en la paulatina cercanía de enero, febrero, marzo y... Bueno. Ya saben lo que sigue.

Un parpadeo mental me devuelve al salón de clases. Y en un intento de copiar al compañero de pupitre contiguo los temas vistos durante mi "ausencia" soy sorprendido en el acto y convertido en varias alusiones a la distracción en clase.

El resto de la mañana continúa con la misma tónica: movimiento por inercia, cansancio y la esperanza consoladora de que ya falta poco para que termine la semana y llegue el descanso. Al fin y al cabo, ya es lunes.

Otro parpadeo y he salido de clases con la consciencia limpia tras haber asistido a todas, pero con el remordimiento de no haber "estado" en ninguna. Es tiempo de trabajar. En unos minutos abandonas el salón, charlas y saludas a los demás y sin notarlo siquiera e inclusive antes de que lo que te hubiera gustado, tus pies te han llevado a la oficina. Mientras das una ojeada a los pendientes y al número de acuerdos que debes revisar rezas al Dios en el que no crees que te bendiga con un día ligero. Sólo uno. Sólo por Hoy. Desde luego, no cuentan los que pediste la semana pasada, ni la antepasada y definitivamente cuentan menos aun los pocos que se te fueron efectivamente concedidos.

El día sigue su marcha sin esperar que lo sigas. Signo inequívoco de que no eres el centro del universo y acicate para que redobles esfuerzos bajo el apercibimiento de quedar rezagado en caso de incumplimiento. Signo incuestionable de que pueden dar las dos de la tarde sin que tú lo notes. Justo como ahora, cuando has terminado por hoy con el trabajo con apenas unos pendientes y una hinchazón de pies. Pudo ser peor.

De camino a la oficina piensas en el tiempo que te resta para llegar a ella, salir, comer, estudiar y llegar a clases de la tarde. El pensamiento inicial de: "Claro. Lo lograré. Ni que fueran tantas cosas" Se ve poco a poco relegado por la realidad que te tiene aun masticando lo que alcanzaste a comer a unos pasos de la puerta del salón de clases. Dentro se huele el miedo. La pregunta obligada de: "¿Estudiaste?" no tarda en llegar y en respuesta a ella

te limitas a sonreír y aparentar seguridad. Puede que nadie lo note, pero tú lo sabes: estás muerto de miedo.

Ceros van y ceros vienen. Las cabezas recién cercenadas caen en silencio, temerosas de ser reprendidas nuevamente, ruedan hasta su lugar de reposo. La masacre ha terminado y sigues vivo, la mayor consciencia de la vida por el acercamiento a la muerte te mantiene aun cabilando hasta que algún otro individuo acierta a decirte "¡Qué suerte! No nos preguntaron" le miras algo extraño y después sonríes asintiendo. Lo meditas un segundo, es cierto soy un tipo con suerte. La palabra hace eco dentro de tu mente: Suerte... suerte... ¿¡suerte! ¿Suerte de tu fortuita supervivencia como paladín de la ignorancia? ¿Suerte por la contribución de la mediocridad jurídica? ¿Suerte por gozar del "darwinismo a la inversa": la supervivencia del más estúpido? El golpe ha sido tan fuerte que el consuelo común de "estudiaré a partir de Marzo. Ahora sí. En serio" no logra devolverte la paz.

Salgo de salón a charlar sobre cualquier banalidad y los temas de ley salen a la luz: el obligado sobre las niñas de primero (carne fresca como acostumbrar llamarlas los más crudos o los más honestos), el juego del América y el respectivo sobre el evento social del fin de semana. De improviso la aya; perdón, el jefe de grupo en turno nos da la noticia: "Se canceló la clase. No vendrá" y se convierte entonces en la causante de algarabía y excitación del grupo.

El día finalmente ha terminado, no obstante no logro sacarme esa vena existencial de la cabeza. Son ya tres años los que llevo en la carrera, que de manera extrañamente constante han rozado los más opuestos extremos del claroscuro, desde la dichosa vanidad de los "tres chupes" hasta la cruel boleta doblada de "gracias por participar". Conozco el sistema de la escuela y tras una corta pero por demás enriquecedora experiencia laboral puedo formar un futuro aproximado de lo que me ofrece, dentro y fuera de la misma. He rumiado por meses y meses y aún no logro saber si vale la pena. En serio. No es un mensaje de menosprecio a la institución. No es ningún afán suicida de alguien que tiene un pie afuera de la escuela y quien, fungiendo de pitonisa, sabiendo su propio e inevitable fracaso, lanza una crítica rencorosa a nuestra escuela. No es tampoco una mera "chaqueta mental" producto del ocio y desperdicio de posibles buenas horas de estudio. Es mucho más simple que eso. Es la duda que conforma el estandarte del hedonismo racional (si es que eso existe), es un "¿Esto me hará feliz?"

Ya estoy en casa. Más muerto que vivo y con más sueño que hambre. Llego a dormir. El cansancio parece requerir espacio propio a tu lado y a pesar de todo no logras dormir. Algo dentro de ti no descansará hasta obtener respuestas. Comienzas a pensar en lo increíble que es que alguien que está a la mitad de la carrera aun se pregunte cuestiones tan básicas que de seguro todos tus compañeros de generación ya han superado. Tu mente te ve como un chiquillo por pensar de esa manera y con la misma ternura con la que una madre le hace ver a su hijo que bajo la cama no hay monstruos te responde: "No es cierto. Todo estudiante que haya tenido al menos una mínima conciencia propia ha pasado por toda esta serie de dudas y todo aquel con un ápice de interés en sí mismo las mantiene, aun después de haber terminado la carrera". Compañeros de primero, no se preocupen si al primer

semestre de la carrera no están saltando de gusto por haber encontrado el "haz lumino jurídico" que guíe sus vidas.

Ya amaneció. Otra noche de descanso tranquilo y reparador. Las dudas siguen ahí, pero ya no ansiosas de abalanzarse sobre mi yugular. Aún en contra de lo que piensa la doctrina en materia he celebrado "un contrato conmigo mismo" en el que mi mente ha cejado en su requerimiento de respuestas inmediatas a cambio de la promesa de buscarlas juntos. Sé el Derecho no lo es todo. Ni la mejor ciencia ni la única. La "libre" no es el máximo cúmulo jurídico sobre la faz de la tierra ni puede darme más de lo que ella misma brinda. Sería un error esperar más de ella.

Con la misma extraña tranquilidad con que "Neo" ve a la Matrix tras haber derrotado por primera vez al Sr. Smith y a sus tan temidos "agentes" despierto y me doy un baño. La sensación de haber dado un paso adelante en una tarea difícil, cien artículos más del código, doscientas páginas más de Rojina Villegas, una materia más aprobada. Alisto un traje, camisa y corbata y después me preparo algo de desayunar. El fuego de la estufa comienza poco a poco a calentar la cocina y el aroma de huevos al freírse, jugo de naranja y manzana picada impregnan el ambiente. Un vistazo al reloj y la adrenalina que llega a una de las pocas neuronas sobrevivientes al estrés, las fiestas y "lo que no puede faltar" me hace notar que se pasan de las seis. Quizá no llegue temprano a clase, pero también es cierto que no llegaré con hambre.

Al salir de casa me despide mi enorme y fiero "french poodle" quien aparentando estar dormido y sólo aparentando desde luego, vigila cada rincón de la casa en busca de intrusos. De camino para la escuela aun me acostumbro a la quietud que mi mente ya ha entendido al tiempo que veo el pavimento correr bajo el auto. La tensa tranquilidad con que mi mente reposa guardando energía para saltar de golpe, como una víbora presta para atacar, me hace pensar que todas las horas de sueños sin sentido y de ver al vacío con la mente en blanco quizá no son un desperdicio de tiempo. Creo que en ese tiempo una parte de mi se ha dedicado a hacer su tarea preparándome para éste momento. Algo así como un modo alternativo de trabajo para asuntos internos o quizá algo más parecido al hacer de un pasante: Es posible que el abogado en jefe no se dé cuenta que tanto trabaja el pasante, pero sabe que cuando llegue la audiencia de desahogo de pruebas todo estará listo. ¿Será magia? Claro que no, es el pasante. Por cierto, ¿les mencioné ya en que trabajo?

Cuarenta minutos después mientras veo mi propia respiración creando vaho y justo cuando estoy subiendo las escaleras me doy cuenta que no tengo aun respuesta a ninguna de las preguntas que me flagelaron toda la jornada de ayer. Existe la certeza, la consoladora certeza, de que no sigo en el mismo punto que cuando inició este relato. Continúo mi trayecto rumbo al salón y el sonar de mis pasos contra el suelo me ha llevado justo bajo el dintel de la puerta. ¿Entrar? ¿Con preguntas? Y lo más importante de todo, ¿Sin respuestas? Sin pensarlo, avanzo. Noto como mi cuerpo parece moverse solo y me miro a mi mismo como se mira a un extraño. He decidido. La extraña sensación de que todo de pronto ha hecho "clic" me invade. Todo ha embonado hasta quedar en su lugar. ¿Las respuestas? Sé que no las encontraré pronto, pero la litis ya está al menos planteada.

Pandecta

Revista de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho

Recuerda que la fecha límite de recepción de material para nuestro próximo número es el viernes 24 de marzo de 2006.

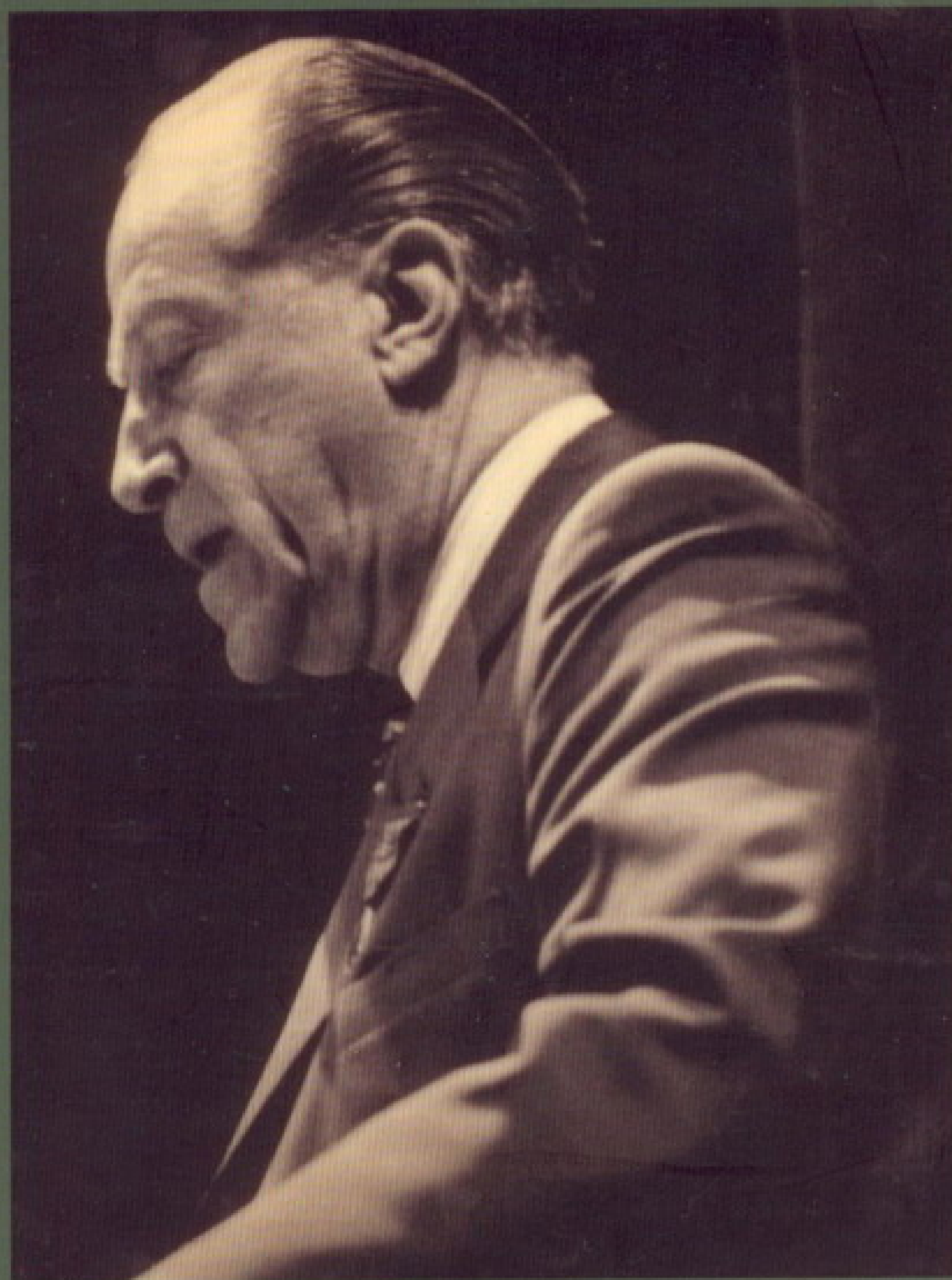
Colabora con nosotros enviando desde hoy artículos, fotografías, pinturas o únete al equipo encargado de hacer llegar Pandecta a todos nuestros lectores.

Felices fiestas y próspero año 2006.



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

In Memoriam
Don José Gómez Gordoa
1915 – 2005



Profesor de Derecho Mercantil en la Escuela Libre de Derecho
Rector del 3 de febrero al 11 de agosto de 1977
y del 13 de junio de 1979 al 25 de enero de 1984

Profesor Emérito